

Ilse Mohr

Die Bekämpfung
des unlauteren Wettbewerbs
durch die
Federal Trade Commission

1975

Fürstly Verlag - Druckhaus Diek Fürstenfeldbruck

Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs durch die Federal Trade Commission

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Ilse Mohr

1974

Die Bekämpfung
des unlauteren Wettbewerbs
durch die
Federal Trade Commission

Leistungsdissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
einer hohen juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
Herrn

Referent: Prof. Dr. Friedrich-Karl Beier

Korreferent: Prof. Dr. Gerhard Schricker

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1975

EINLEITUNG

Das gestellte Thema " Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs durch die Federal Trade Commission " bietet verschiedene Möglichkeiten der Bearbeitung.

Einmal ließe sich die Darstellung auf besonders aktuelle Probleme beschränken. Zum anderen könnte der Schwerpunkt auf Einzelprobleme gelegt werden, hinsichtlich derer eine erhebliche Abweichung zu Grundsätzen des deutschen Rechts des unlauteren Wettbewerbs besteht.

Die hier gewählte systematische Behandlung der wichtigsten Grundsätze der Spruchpraxis der FTC zur täuschenden Werbung sowie deren geschichtliche Einordnung hat sich deshalb angeboten, weil so die Problematik besser herausgearbeitet werden konnte.

Deshalb wurde besonderer Wert auf die Darstellung der Grundzüge der Entwicklung der Generalklausel gelegt, da hier der Schlüssel zur Beurteilung der einzelnen ungesetzlichen Handlungen liegt. Weiter wurde der Versuch unternommen, die Generalklausel gegen das Antitrustrecht und das common law of torts abzugrenzen, um so den tatsächlichen Umfang der Rechtsentwicklung, die von der FTC ausgegangen ist, aufzeigen zu können.

Die Grundsätze der FTC-Spruchpraxis sowie die der einschlägigen Rechtsprechung wurden hauptsächlich anhand von Entscheidungen zu verdeutlichen versucht.

Die allgemeinen Lehren täuschender Werbung sowie die einzelnen täuschenden Behauptungen kamen besonders ausführlich zur Darstellung, da sie heute das Schwergewicht der Tätigkeit der FTC bilden. Demgegenüber treten die direkt gegen Mitbewerber gerichteten ungesetzlichen Handlungen immer mehr in den Hintergrund.

B. GLIEDERUNG

I. TEIL

DIE STELLUNG DER FTC IM AMERIKANISCHEN WETTBEWERBSRECHT

1. Kapitel:

	<u>Seite</u>
<u>Das System des Wettbewerbsrechts der USA vor Schaffung der FTC 1914</u>	1

1. Das Antitrustrecht der USA - Der Erlaß des Sherman Acts von 1890	1
2. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs im Zivilrecht der USA	5
a. Die einzelnen Grundlagen des Mitbewerber- schutzes innerhalb des common law of tort	6
b. Gemeinsame Regeln für alle unerlaubten Hand- lungen, die den Mitbewerberschutz regeln	7
3. Der Zusammenhang der common law torts mit dem Sherman Act	8
4. Basis des Verbraucherschutzes	9

2. Kapitel:

<u>Die Schaffung der FTC und der Erlaß des Clayton Act und des FTCA</u>	11
1. Hintergründe für den Erlaß beider Gesetze - Die Antitrustbewegung	12
2. Die Auffassung von der administrativen Bekämpfung von Wettbewerbsverletzungen	13
3. Die Grundfrage der Regelung von Monopolen - Auseinandersetzungen zwischen den einzelnen Präsidentschaftskandidaten und Parteien	15
4. Die Beseitigung der Rechtsunsicherheit aufgrund der " rule of reason "	17

	<u>Seite</u>
5. Die Entwicklung der Generalklausel des sect. 5 (a) FTCA im einzelnen	18
6. Die Ausgestaltung der Regelungsbefugnisse im einzelnen	23

3. Kapitel:

<u>Kurze Darstellung der wesentlichen Funktionen der FTC</u>	27
1. Gesetzliche Grundlagen der Tätigkeit der FTC	28
2. Durchführung der Regelungsgewalt	29
3. Kurzer Überblick über die Organisation der FTC	34

II. TEIL

DIE VON DER FTC AUSGEHENDE ENTWICKLUNG DES WETTBEWERBS- RECHTS	36
---	----

DIE SPRUCHPRAXIS UND RECHTSPRECHUNG ZUR GENERALKLAUSEL SECT. 5 (a) FTCA

4. Kapitel:

1. Die grundsätzliche Einbeziehung der common law torts in den Geltungsbereich der Generalklausel	37
2. Die anschließende theoretische Loslösung vom common law	40
3. Die ersten Fälle täuschender Werbung und das Problem der Wettbewerbsbezogenheit der FTCA	42
a. Täuschende Werbung als " unfair method of competition "	42
b. Das Verhältnis von Verbraucher- und Mitbewerber- schutz	44
4. Das Verhältnis spezieller Vorschriften der Anti- trustgesetze zur Generalklausel	44
a. Die Einbeziehung der Vorschriften der Anti- trustgesetze in die Generalklausel	45
b. Die allmähliche Loslösung von den speziellen Tatbeständen der Antitrustgesetze	46

	<u>Seite</u>
c. Das Verhältnis von Mitbewerberschutz und Schutz des Wettbewerbs als solchem	47
5. Die Konkretisierung der Zuständigkeitsvoraussetzung des öffentlichen Interesses bis 1938	48
a. Die Beziehung zum Schutz privater Rechte	48
b. Voraussetzungen des Vorliegens eines öffentlichen Interesses	49
6. Zusammenfassung der bis 1938 aus der Generalklausel abzuleitenden Grundsätze	50
a. Schutzrichtung des Gesetzes	50
b. Kurze Zusammenfassung des Inhalts und der Beurteilungsmaßstäbe	51
 <u>5. Kapitel:</u>	
<u>Wesentliche Ausprägung der Generalklausel nach 1938</u>	52
1. Statuierung einer Verbraucher-Policy durch das Wheeler-Lea-Amendment von 1938	52
a. Gleichrangigkeit des Verbraucher- und Mitbewerberschutzes	52
b. Die Entwicklung der Verbraucherrechte aus der erweiterten Generalklausel	53
2. Maßstäbe der Interpretation der erweiterten Generalklausel	54
a. Ungesetzlichkeit nur bei Täuschung (Täuschungsstandard)	55
b. Ungesetzlichkeit nach dem Unfair-Prinzip	60
aa. Die Weiterentwicklung der Keppel-Doktrin	60
bb. Die Ankündigung einer umfassenden Interessenabwägung	62
cc. Ungesetzlichkeit bei Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit	66
3. Das Stagnieren des Mitbewerberschutzes	67
4. Die Anerkennung der Eigengesetzlichkeit der Generalklausel gegenüber den Antitrust-gesetzen	69

	<u>Seite</u>
5. Heutiges Bild der Generalklausel: Zusammenfassung der wichtigsten Kriterien der Auslegung	72

III. TEIL

DIE BEKÄMPFUNG TÄUSCHENDER WERBUNG ALS VERWIRKLICHUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZES	76
---	----

6. Kapitel:

<u>Die FTC und die Probleme der Werbung als solcher</u>	76
1. Ausmaß und Grenzen der Regelungsgewalt über die Werbung	76
a. Verfassungsrechtliche Aspekte der Werbung	76
b. Soziale Aspekte der Werbung	80
c. Wirtschaftliche Aspekte der Werbung	81
d. Oligopolistische Aspekte der Werbung	81
e. Die Auswüchse wahrheitsgemäßer Werbung	84
aa. Die Probleme der excessiven Werbung	84
bb. Werbung, die gegen einen vorherrschenden Geschmack verstößt	85
cc. Probleme der subliminalen und emotionellen Werbung	85
2. Ausmaß und Grenzen der Regelungsgewalt über wahre, nichtinformativische Werbung	88
a. Die Schaffung eines begrenzten Rechts auf Information unter dem Täuschungsstandard	89
b. Die Loslösung vom Täuschungsstandard in richtungsweisenden Entwicklungen in der Gesetzgebung und in Verwaltungsordnungen der FTC	101

	<u>Seite</u>
<u>7. Kapitel:</u>	
<u>Die allgemeinen Lehren täuschender Werbung</u>	105
1. Begriff und Mittel der Werbung	105
a. Erläuterung der Begriffe	105
b. Die Fernsehwerbung	107
c. Werbung mit Warenzeichen und Firmenbezeichnungen	112
aa. Befugnisse der FTC zur Untersagung der Weiterführung täuschender Warenzeichen und Firmenbezeichnungen	112
bb. Möglichkeiten der zeitweisen Weiterführung täuschender Warenzeichen	121
d. Die Zuständigkeit der Food and Drug Administration (FDA)	122
2. Die Bedeutung einer Werbebehauptung (" meaning ")	123
a. Die Methode der selbständigen Feststellung des Intelligenzstandards des Werbungsadressaten	123
aa. Der Standard des Rechts unerlaubter Handlung	124
bb. Der heute geltende Standard der FTC: Schutz auch für geistig Minderbemittelte? (" protection of fools ")	125
cc. Kritik am von der FTC gewählten Intelligenzstandard	131
b. Die Berücksichtigung des Adressaten der Werbung	134
aa. Adressierung an das Publikum im allgemeinen	134
bb. Adressierung an Fachleute	136
cc. Die erforderliche Prozentzahl der getäuschten Abnehmer	137
c. Allgemeine Regeln zur Auslegung einer Werbebehauptung	138

	<u>Seite</u>
aa. Die einzelnen Grundregeln zur Interpretation aller Arten von Werbebehauptungen	139
aaa. Die Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck (" general impression rule ")	139
bbb. Technische Richtigkeit einzelner Worte oder Satzteile keine Einrede (" literal truth ")	140
bb. Die Auslegung der einzelnen Arten von Werbebehauptungen	142
aaa. Die zweideutige Behauptung (" ambiguous representation ")	143
bbb. Die vage Behauptung (" vague representation ")	154
cc. Täuschung durch Schweigen	160
d. Der Beweis der Bedeutung einer Werbebehauptung (" evidence of meaning ")	168
aa. Die Anforderungen an die Beweisführung	168
bb. Die Zulässigkeit und Benutzung von Beweismitteln	173
3. Die Eignung einer Behauptung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses	180
a. Die Begrenzung auf Beeinflußbarkeit durch Tatsachenbehauptungen (" fact ")	180
aa. Die Abgrenzung täuschender Tatsachenbehauptungen von der zulässigen Übertreibung (" puffing ")	182
bb. Die Abgrenzung der täuschenden Tatsachenbehauptungen von zulässigen wissenschaftlichen Meinungsäußerungen	188
cc. Die Abgrenzung der täuschenden Tatsachenbehauptungen von zulässigen Äußerungen, die durch Gefühl oder Geschmack bedingt sind	189
dd. Werbung mit magischen Produkten	191

	<u>Seite</u>
b. Die notwendige Kausalität zwischen Tatsachenbehauptung und Kaufentschluß (" materiality ")	191
aa. Allgemeine Grundsätze	191
bb. Die Relevanz des Kausalzusammenhangs im einzelnen	193
cc. Fortwirkung einer einmal verursachten Täuschung	196
dd. Die Fiktion der Beeinflussung des Kaufentschlusses	197
4. Die Wahrheit einer Werbebehauptung (" truth ")	199
a. Irrelevanter Wahrheitsgehalt	199
b. Die verschiedenen Anforderungen an den Umfang des Wahrheitsgehalts	202
aa. Höhere Anforderungen an den Wahrheitsgehalt im " labeling " -Bereich	202
bb. Höhere Anforderungen an den Wahrheitsgehalt bei schutzwürdigem Personenkreis	203
c. Die Korrektur täuschender Behauptungen durch Zusätze	203
aa. Anforderungen an die Vollständigkeit der Zusätze	204
bb. Die Placierung der Zusätze	206
d. Der Beweis der Wahrheit einer Werbebehauptung	208
aa. Die Anforderungen an die Beweisführung	208
bb. Die Zulässigkeit und Benutzung von Beweismitteln	210
cc. Die Benutzung von Standardfestsetzungen	211
5. Der erforderliche Schaden (" damage ")	213
a. Allgemeine Grundsätze	213
b. Die Arten des möglichen Schadens	214
6. Der subjektive Tatbestand	217

	<u>Seite</u>
a. Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Willensrichtung des Werbenden	217
b. Ausnahmen	218
7. Die Haftung für täuschende Werbung	218
a. Die Haftung der Werbeagentur	218
b. Die Haftung des Einzelunternehmers, der Personal- oder Kapitalgesellschaft	223
c. Haftung von Anteilseignern und Angestellten: Verschuldensprinzip	224
8. Einreden der beklagten Unternehmen	225
a. Einreden mit wettbewerbsbezogenem Charakter	225
aa. Die Branchenüblichkeit (" usage ")	226
bb. Die diskriminatorische Verfolgung eines Einzelunternehmers (" singling out ")	226
b. Prozessuale Einreden im Hinblick auf Verfahrenshindernisse	229
aa. Zeitablauf	229
bb. Abstandnahme von der ungesetzlichen Handlung (" abandonment ")	230
c. Materialrechtliche Einreden	230
aa. Einreden im Hinblick auf das Fehlen einer Täuschungsgefahr	231
bb. Einrede des fehlenden Schadens	232
<u>8. Kapitel:</u>	
<u>Die einzelnen Arten täuschender Werbung</u>	233
1. Täuschende Angaben über geschäftliche Verhältnisse	233
a. Täuschende Angaben im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb	233

	<u>Seite</u>
aa. Täuschende Angaben über den Umfang des Geschäftsbetriebes	233
bb. Täuschende Angaben über die Rechtsform des Geschäftsbetriebes	236
cc. Täuschende Angaben über die Handelsstufe	236
dd. Täuschende Angaben über den gewerblichen Zweck des Unternehmens	245
ee. Alterswerbung	248
ff. Die Errichtung nur scheinbar miteinander in Wettbewerb stehender Firmen	251
b. Die Vorspiegelung von Beschäftigungs- und Verdienstmöglichkeiten	252
aa. Täuschende Angaben über Beschäftigungsmöglichkeiten	252
bb. Täuschende Darstellung von Verdienstmöglichkeiten	253
2. Täuschende Angaben über die Produktqualität	254
a. Allgemeine Probleme	254
aa. Alleinstellungswerbung (" uniqueness ")	255
aaa. Arten der Alleinstellungsbehauptung	255
bbb. Alleinstellungswerbung durch Superlativwerbung	255
ccc. Die Wahrheit der Alleinstellungsbehauptung	264
ddd. Alleinstellungswerbung als herabsetzende Werbung	266
bb. Die täuschende Werbung mit Gattungsbezeichnungen	267
cc. Die Imitation (" imitation ")	272
b. Täuschende Werbung mit nur mittelbarem Bezug auf die Produktqualität	276
aa. Die Beeinflussung der Qualität durch die Herstellungsart	276
bb. Die Werbung mit der Garantie	280

	<u>Seite</u>
cc. Empfehlungen und Empfehlungsschreiben (" testimonials " und " endorsements ")	286
aaa. Konflikte zwischen Verhinderung der Täuschungsgefahr für den Verbraucher und Meinungsäußerungsfreiheit für den Aussteller der Empfehlung	287
bbb. Der Wahrheitsgehalt einer Empfehlung im einzelnen	291
ccc. Fiktion und Mißbrauch von erteilten Empfehlungen	292
ddd. Die Aufforderung zur Abgabe einer Empfehlung sowie die bezahlte Empfehlung	294
dd. Werbung bez. der Innehabung von Patenten und anderen Schutzrechten	297
3. Die geographische Herkunftstäuschung	299
a. Die Arten der täuschenden Herkunftsangaben	299
b. Die Abgrenzung zu nicht als Herkunftsanga- ben schutzfähigen Bezeichnungen	304
aa. Phantasiebezeichnungen	304
bb. Willkürlich gewählte geographische Bestimmungen	305
cc. Die Umwandlung von Herkunftsangaben in Gattungsbezeichnungen	306
c. Besondere Schutzvoraussetzungen der Herkunftsangaben	308
aa. Besondere Qualitätsvorstellungen als Schutzvoraussetzung inländischer Her- kunftsangaben für inländische Waren	309
bb. Besondere Schutzvoraussetzungen inlän- discher Herkunftsbezeichnungen für ausländische Produkte	311
cc. Besondere Schutzvoraussetzungen aus- ländischer Herkunftsbezeichnungen für inländische Produkte	313
dd. Besondere Schutzvoraussetzungen aus- ländischer Herkunftsbezeichnungen für ausländische Produkte	314

	<u>Seite</u>
d. Die Täuschung über die Herkunft einer Ware durch Schweigen	315
aa. Grundsätze der Behandlung des Schweigens durch Herkunftstäuschung	315
bb. Herkunftstäuschung durch Einbau importierter Bestandteile	316
cc. Herkunftstäuschung bei Produkten mit Herstellungsstufen im Ausland	318
e. Die Herkunftstäuschung ausschließende Zusätze	319
aa. Zusätze bei der Täuschung durch unmittelbare oder mittelbare Herkunftsangaben	319
bb. Zusätze bei der Herkunftstäuschung durch Schweigen	324
f. Form und Placierung notwendiger Zusätze	327
g. Die Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten Herkunftsangaben	331
aa. Begriffe	331
bb. Perspektiven in der Spruchpraxis der FTC	332
aaa. Verbot als Qualitätstäuschung	333
bbb. Verbot als " passing-off "	335
4. Täuschende Preiswerbung	337
a. Schlagwortartige Preisbezeichnungen im Zusammenhang mit der Distributionsstufe	337
aa. Die Werbung mit dem Fabrikpreis	337
bb. Die Werbung mit dem Großhandelspreis	338
cc. Die Werbung mit Discountpreisen	341
b. Die Aufstellung unrichtiger Wert- Preis- relationen	341
aa. Vage Wertbehauptungen	342
bb. Wertbehauptungen über einen bestimmten Betrag	342
cc. Die Werbung mit dem empfohlenen Wieder- verkaufspreis	348
dd. Vergleiche mit einem Einzelhandelspreis (" retail price ")	354

	<u>Seite</u>
c. Sonstige Preisvergleiche	355
aa. Der Vergleich mit dem früheren eigenen Preis, wobei bestimmte Reduzierungsbeträge angegeben werden	355
bb. Kombinationsgeschäfte	358
cc. Vergleiche mit dem früheren eigenen Preis, durchgeführt anhand von Schlagwörtern, die auf eine Preisersparnis hinweisen, den Reduzierungsbetrag jedoch offen lassen	360
dd. Preisvergleiche durch Gegenüberstellung zweier Preise ohne weitere Erläuterung	361
d. Der Vergleich mit den Preisen bestimmter Mitbewerber	361
aa. Vergleiche mit den Preisen bestimmter Mitbewerber	361
bb. Preisvergleiche, die sich auf die Preise anderer Mitbewerber beziehen, sich jedoch gegen keinen bestimmten mehr richten	362
e. Täuschende Werbung mit dem Angebotspreis	363
f. Wert- und Preisverschleierungen durch Gewährung von Zugaben (die Spruchpraxis zu " free " im Zugabezusammenhang)	363
aa. Grundsätze	364
bb. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Werbung mit Zugaben	366
5. Täuschende Behauptungen über Mitbewerber und deren Waren	372
a. Begriffe	372
b. Allgemeine Grundsätze der herabsetzenden Werbung	372
aa. Verbotsgründe	372
bb. Die Wahrheit der herabsetzenden Werbung als Kriterium ihrer Zulässigkeit (" truth standard ")	373
aaa. Der Wahrheitsgrundsatz	373
bbb. Einschränkungen der Zulässigkeit wahrer, herabsetzender Werbung	376

	<u>Seite</u>
ccc. Einzelfälle zur persönlich herabsetzenden Werbung	380
c. Einzelfälle zur Herabsetzung von Waren eines bestimmten oder aller Mitbewerber	379
aa. Erkennbarkeit des von der Herabsetzung seiner Waren betroffenen Unternehmers	379
bb. Der Nachweis der Unrichtigkeit bei der Herabsetzung von Waren eines Mitbewerbers	383
6. Die Täuschung über die Herkunft aus einem anderen Unternehmen (" passing-off ")	388
a. Allgemeine Grundsätze	388
b. Irreführung über den Hersteller durch direkte Übernahme eines Warenzeichens oder sonstigen geschäftlichen Kennzeichens	389
aa. Übernahme eines Warenzeichens oder einer sonstigen geschäftlichen Bezeichnung eines bekannteren Mitbewerbers	389
bb. Erfordernis der Warengleichartigkeit	391
cc. Einzelfragen der Herkunftsverwechselbarkeit	392
c. Die Benutzung eines verwechslungsfähigen Warenzeichens oder sonstigen geschäftlichen Bezeichnungen	394
aa. Die Zeichenverwechselbarkeit	394
bb. Erfordernis der Warengleichartigkeit	395
d. Die Verwendung einer gleichen oder verwechslungsfähigen Ausstattung als Irreführung über die Herkunft aus einem anderen Unternehmen (" trade dress ")	396
aa. Besondere Voraussetzungen der Schutzfähigkeit	396
bb. Die Verwechslungsfähigkeit der Ausstattungen	397
e. Schutz gegen Verwässerungsgefahr (" dilution ") ?	398
f. Nachahmung eines Produkts unter Irreführung über den wirklichen Hersteller (" product imitation ", " product simulation ")	400

	<u>Seite</u>
g. Verwendung von Werbemaßnahmen von Mitbewerbern oder deren Nachahmung unter Irreführung über den Hersteller	402
7. Verkaufsfördernde Maßnahmen (" sales promotion ")	403
a. Lockvogelangebote mit bestimmten Waren in der Absicht, andere zu verkaufen (" bait und switch advertising ")	403
aa. Anwendungsfälle von Verboten	403
bb. Die Abgrenzung zum zulässigen Lockvogelangebot (" leader " - " loss leader ")	404
b. Preisausschreiben und Wettbewerbe (" contests ")	405
aa. Unterscheidung Wettbewerb - Glücksspiel (" lottery ")	405
bb. Mißbrauch der Form des Wettbewerbs	406
cc. Sonstige mit Wettbewerben verbundene Täuschungshandlungen	406
c. Glücksspiele, bei denen der Erhalt der Ware oder die Höhe des zu bezahlenden Preises vom Zufall abhängt (" lotteries ", " games of chance ")	406
aa. Verbotene Glücksspiele (" lotteries ")	407
aaa. Allgemeine Probleme	407
bbb. Die Abhängigkeit vom Zufall	411
ccc. Die Gegenleistung als Merkmal der verbotenen Glücksspiele	416
bb. Glücksspiele ohne Erfordernis einer Gegenleistung (" games of chance ")	417
d. Werbegeschenke (" free ")	421

IV. TEIL

	<u>Seite</u>
SONSTIGE UNLAUTERE HANDLUNGEN " UNFAIR PRACTICES "	423

9. Kapitel:

<u>Handlungen, die hauptsächlich wegen ihrer schädigenden Wirkung auf Mitbewerber ungesetzlich sind</u>	423
---	-----

1. Unlautere Zwangsausübung gegenüber Mitbewerbern (" intimidation ", " coercion ")	423
2. Unlautere Behinderung der Mitbewerber im Geschäftsbetrieb (" competitor's harrassment ")	425
3. Eingriff in oder Vereitelung von Vertragsrechten des Mitbewerbers gegenüber Kunden oder Zulieferern	425
4. Unlautere Aneignung von Geschäftsgeheimnissen eines Mitbewerbers (" trade secrets ")	427
5. Unzulässige Einwirkung auf Waren von Mitbewerbern (" physical interference ")	429
6. Bestechung (" commercial bribery ")	430
7. Abwerbung von Angestellten (" enticement of employees ")	431

10. Kapitel:

<u>Ungesetzliche Handlungen gegenüber Verbrauchern und Abnehmern</u>	432
--	-----

1. Die Unterschlebung anderer als bestellter Waren	432
2. Weigerung zu liefern	433
3. Unberechtigte Weigerungen, Anzahlungen zurückzuerstatten	433
4. Die unberechtigte Androhung von Rechtsstreitigkeiten	433

<u>V. TEIL</u>	<u>Seite</u>
VERFAHREN UND SANKTIONEN	434
<u>11. Kapitel:</u>	
<u>Kurzer Überblick über das Verfahren</u>	434
1. Die Aufdeckung von Gesetzesverstößen	434
2. Klageerhebung und Verfahren	435
3. Die Beachtung der Verbote einer Unterlassungsverfügung (" compliance ")	436
<u>12. Kapitel:</u>	
<u>Die Sanktionen</u>	438
1. Einstweilige Verfügungen (" preliminary injunctions ")	438
2. Unterlassungsverfügungen (" cease- and desist-orders ")	439
a. Allgemeine Grundsätze für Unterlassungsverfügungen	439
aa. Der zulässige Inhalt einer Unterlassungsverfügung	440
bb. Die Bestimmtheit einer Unterlassungsverfügung	443
b. Die Auferlegung positiver Handlungspflichten sowie die Einflußnahme auf Entstehen oder Inhalt von Verträgen	444
aa. Die Auferlegung positiver Handlungspflichten	444
bb. Die Einflußnahme auf die Entstehung und den Inhalt von Verträgen	448
3. Der Werbungswiderruf (" corrective advertising orders ")	449

	<u>Seite</u>
<u>VI. TEIL</u> : ANHANG	
<u>13. Kapitel</u>	456
<u>Die Neufestlegung der Befugnisse der FTC durch den</u>	456
<u>Erlaß des Magnuson - Moss - Warranty - Federal Trade</u>	
<u>Commission Improvement Act von 1975</u>	
1. Die Erweiterung der Sanktionsgewalt der FTC	456
a. Die Anordnung von Berichtigungswerbung	456
b. Die Anordnung eines Schadensausgleichs zugunsten	459
von Verbrauchern	
c. Antrag auf Erlaß einstweiliger Verfügungen	460
2. Die Neufestlegung der Normsetzungsbefugnisse der FTC	461
3. Kurze Zusammenfassung der Auswirkungen der Neu-	462
kodifizierung	

C. VERZEICHNISSE

1. Literaturverzeichnis
2. Abkürzungen

Bücher, Dissertationen, selbständige Schriften

- | | |
|---|--|
| Alexander, George J.: | Honesty and Competition,
Syracuse 1967 |
| Backmann, Jules: | Advertising and Competition,
New York 1967 |
| Barrett, Edward L., Jr.: | Constitutional Law, Cases and
Materials, Brooklyn 1968 |
| Bauer, Bertrand N.: | Truth in Lending, College Student
Opinions of Caveat Emptor, Fraud
and Deception, New York 1966 |
| Bauer, Raymond A./
Greysen, Stephen A.: | Advertising in America,
The Consumer's View, Boston 1968 |
| Baumbach, Adolf,
Hefermehl, Wolfgang: | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Bd. I Wettbewerbsrecht, 10. Aufl.,
München 1971 |
| Callmann, Rudolf; | Unfair Competition and Trademarks,
Bd. 1, 2. Aufl., Chicago 1945

Unfair Competition, Trademarks and
Monopolies, Bd. 1 - 5, 3. Aufl.,
Chicago 1967-70 |
| Chamberlin, Edward H.: | Monopolistic Competition,
7. Aufl., Combridge/Mass. 1956 |
| Cox, Edward F.,
Fellmeth, Robert C.,
Schulz, John E.: | The "Nader-Report" on the Federal
Trade Commission, New York 1970 |
| Creelman, Marjorie B.: | The Experimental Investigation
of Meaning, A Review of the
Literature, New York 1966 |

- | | |
|----------------------------|---|
| Cushman, Robert E.: | The Independent Regulatory Com-
missions,
New York-London-Toronto 1941 |
| Ehmke, Horst: | Wirtschaft und Verfassung,
Die Verfassungsrechtsprechung
des Supreme Court zur Wirt-
schaftsregulierung, Karlsruhe 1961 |
| Farnsworth, Allan: | An Introduction to the Legal
System of the United States,
New York 1963 |
| Fulda, Carl H.: | Einführung in das Recht der USA,
Baden-Baden 1966 |
| Galbraith, John K.: | The Affluent Society, Boston 1969,
2. Aufl.

The New Industrial State,
New York 1967 |
| Grimes, Warren S.: | Corrective Advertising - The FTC's
New Remedy Against Deceptive Adver-
tising, Mitarbeiterfestschrift für
Eugen Ulmer

Carl Heymanns Verlag KG,
Köln-Berlin-Bonn-München 1973 |
| Groner, Alex: | Advertising - The Case for
Competition, New York, 1967 |
| Hale, G.E.,
Hale, R.D.: | Market Power, Size and Shape
under the Sherman Act, Boston 1968 |
| Handler, Milton: | The Control of Advertising Under
the Wheeler-Lea Act, 1939 |
| Hector, Charles: | The Regulatory Agencies and the
Pragmatic Approach, Sterling
Lecture, Yale Law School,
New Haven 1960 |
| Henderson, Gerard C.: | The Federal Trade Commission,
New York 1924 |
| Henry, Jules: | Culture Against Men, Toronto 1963 |

- | | |
|--|--|
| Howard, John A.: | Legal Aspects of Marketing,
Homewood 1964 |
| Isay, Hermann: | Das Rechtsgut des Wettbewerbs-
rechts, Berlin 1933 |
| Jaffe, Louis L.: | Judical Control of Administra-
tive Action, Boston-Toronto 1965 |
| Kaysen, Carl,
Turner, Donald F.: | Antitrust Policy, An Economic
and Legal Analysis,
Cambridge/Mass. 1959 |
| Kintner, Earl W.: | An Antitrust Primer, New York 1968 |
| Kohler, Josef: | Der unlautere Wettbewerb,
Darstellung des Wettbewerbsrechts,
Berlin-Leipzig 1914 |
| Kraft, Alfons: | Interessenabwägung und gute Sitten
im Wettbewerb, München-Berlin 1963 |
| Löwenstein, Karl: | Verfassungsrecht und Verfassungs-
praxis in den Vereinigten Staaten
von Amerika,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959 |
| Mayer, Martin: | Madison Avenue USA, Köln 1959 |
| Nipperdey, Hans: | Wettbewerb und Existenzvernich-
tung, Berlin 1930 |
| Ogilvy, David: | Confessions of an Advertising
Man, New York 1963 |
| Oppenheim, Chesterfield S.: | Unfair Trade Practices, Cases,
Comments, Introduction,
2. Aufl., St. Paul 1965 |
| Phillips, Charles F.;
Duncan, D.J.: | Marketing Principles and
Methods, 3. Aufl.,
Homewood 1956 |
| Reimer, Dietrich: | Das Recht des unlauteren Wett-
bewerbs in den Mitgliedsstaaten
der EWG, Bd. III, Köln 1968 |

- | | |
|-----------------------|--|
| Riegert, Robert A.: | Das amerikanische Verwaltungsrecht, Berlin 1967 |
| Rogers, Edward S.: | Good Will, Trademarks and Unfair Trading, Chicago 1914 |
| Scherer, Frederic M.: | Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 1970 |
| Schricker, Gerhard: | Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970 |
| Schwartz, Bernhard: | American Administrative Law, New York-London 1950 |
| Simitis, Konstantin: | Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960 |
| Steindorf, Ernst: | Die guten Sitten als Wettbewerbsbeschränkung, in <i>Summum ius, Summa iniuria</i> , Ringvorlesung, Tübingen 1963 |
| Turner, Donald F.: | Advertising and Competition, § 50.162 CCH Trade Reputation Reporter (1967) |
| Trumpler, H.: | Unlauterer Wettbewerb und Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Basel 1944 |
| Wiehen, Michael: | Wirtschaftswerbung unter herabsetzender Bezugnahme auf Mitbewerber im Wettbewerbsleben der Vereinigten Staaten von Amerika, Diss., Köln 1960 |
| Wilson, Thomas W.: | The New Freedom, Englewood Cliffs 1961 |

Aufsätze, Artikel, Beiträge

- | | |
|--------------------------------------|--|
| Abraham, H.J.: | Die Doktrin der public policy,
AcP 150, 25 |
| Alexander, George J.: | Honesty and Competition, Some
Problems in the Pricing of Goods,
31 Fordham L.Rev. 141, (1962)

Federal Regulation of False Ad-
vertising, 17 Kans. L., 573,
(1969) |
| Ames, James B.: | Law & Morals, 22 Harv. L.Rev. 97,
(1908) |
| Ahrens, Michael H.: | The Misrepresentation Doctrine
After Sears/Compco, 59 TMR 88,
(1968) |
| Baker, Eugene R.,
Baum, David J.: | Sect. 5 of the Federal Trade Com-
mission Act, A Continuing Process
of Redefinition, 7 Vill. L. Rev.,
517, (1962) |
| Baum, David J.: | Truthful Disparagement Under the
FTCA, 51 TRM 1081, (1961) |
| Blair, John M.: | Planning for Competition, 64 Col.
L.Rev., 524, (1964) |
| Boyle, Stanley E.: | Economic Reports and the Federal
Trade Commission, 50 Years of
Experience, 24 Fed. B.J. 489,
(1964) |
| Bohlen, Francis: | Misrepresentation as Deceit,
Negligence or Warranty, 42 Harv.
L.Rev., 733, (1929) |
| Brown, Ralph S., Jr.: | Advertising and the Public
Interest, Legal Protection of
Trade Symbols, 57 Yale L.J. 1165,
(1948) |

- Cahn, Edgar S.,
Cahn, Jean C.: The New Sovereign Immunity,
81 Harv. L.Rev., 929, (1968)
- Campbell, John H.: Cigarette Advertising: Deceptive
and Against Public Interest?
17 Kansas L.Rev., 694, (1969)
- Charlton, Francis J.,
Fawcett, William A.: The Federal Trade Commission and
False Advertising, 17 Kansas L.
Rev.. 399, (1969)
- Connor, Martin F.: The Defence of Abandonment, 29
Geo. Wash. L.Rev., 722, (1961)
- Connor, Martin F.: Federal Trade Commisssion Procedure,
Revisions - A Critique, 7 Vill. L.
Rev., 359, (1962)
- Decker, Richard K.: Unfair Competition and the Federal
Trade Commission, 24 FBJ 513,
(1964)
- De Garay, Paul F.: What is Law? 16 Notre Dame Lawy.
261, (1941)
- Derenberg Walter J.: The Problem of Trademark Dilution
and the Antidilution Statutes,
44 Calif. L.Rev., 439, (1956)
- Consumerism and Old-Fashioned
Honesty, Speech Before the New York
Better Business Bureau, (1973)
- Dixon, Paul Rand: The Federal Trade Commission -
The First Fifty Years, 24 ABA
Antitrust Section 29, (1964)
- Consumer Class Actions Under Re-
cent Consumer Credit Legislation,
44 N.Y.U. L. Rev., 80, (1969)
- Elman, Philip: The Federal Trade Commission and
the Administrative Process,
8 Antitrust Bulletin, 607, (1962)

Ely, R.T.:

The Work of the Federal Trade Commission, Wisc. L.Rev., 195, (1932)

Emerson, Thomas I.:

Toward a General Theory of the First Amendment, 72 Yale L.J., 877, (1963)

Friendly, Henry J.:

A Look at the Federal Administrative Agencies, 60 Col. L. Rev., 429, (1960)

The Federal Administrative Agencies, The Need for Better Definition of Standards, 75 Harv. L.Rev., (1962)

Freer, Robert E.:

Federal Trade Commission Procedure and Practice, 8 Geo. Washington L.Rev. 316, (1939-1940)

Fuchs, Edward L.:

Agency Development of Policy Through Rule Making, 59 N.W. L.Rev., 781, (1965)

Gaughan, Lawrence D.:

Advertisements Which Indentify Brand X, A Trialogue on Law and Public Policy, 35 Fordham L.Rev., 457, (1969)

Gellhorn, Ernest:

Proof of Consumer Deception Before the Federal Trade Commission, 17 Kansas L.Rev., 559, (1969)

Public Participation in Administrative Proceedings, 81 Yale L.J. 359, (1971)

Gilmore, Grant:

The Commercial Deoctrine of Good Faith Purchase, 63 Yale L.J., 1057, (1954)

Greyser, Stephen A.,
Bauer, Raymond A.:

Americans and Advertising, Thirty Years of Public Opinion, 30 Public Opinion, Quarterly, (1971)

- Grimes, Warren S.: Control of Advertising in the United States and Germany, Volkswagen Has a Better Idea, 84, Harv. L.Rev., 1769 (1971)
- Hamilton, Walton H.: The Acient Maxim Caveat Emptor, 40 Yale L.J., 1133, (1931)
- Handler, Milton: False and Misleading Advertising, 29 Yale L.J., 22 (1929)
 Unfair Competition, XXI Iowa L.Rev., 175 (1939)
 The Control of False Advertising Under the Wheeler Lea Act, 6 Law and Contemporary Problems 91, (1939)
- Hefermehl, Wolfgang: Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Hans Nipperdey, S. 297, München-Berlin 1955
- Jentz, Gaylord A.: Federal Regulations of Advertising, American Business L.J., 409, (1968)
- Jones, Mary G.: Industrie-Wide Enforcement, 10 Anti-trust Bulletin 543, (1965)
- Kintner, Earl W.: The Revitalized Federal Trade Commission: A Two-Year Evaluation, 30 N.Y. U.L.Rev., 1143, (1955)
 The Trade Court Proposal, An Examination of Some Possible Defects, 44 ABA J., 430, (1958)
 Advertising at the Cross Roads, Speech Before the Better Business Bureau of Louisville, 12/4/59
 Federal Trade Commission Regulation of Food, Drug and Cosmetic Advertising, Business Lawyer 8, (1960)

- Kintner, Earl W.: Federal Trade Commission Regulation of Advertising, 64 Mich. L.Rev., (1966)
- Kitelle, Summers.,
Mostow, Elmer: A Review of the Trade Practice Conference of the Federal Trade Commission, 8 Geo. Wash. L.Rev., 427, (1940)
- Kripke, Homer: Consumer Credit Regulation, A Credit-Oriented Viewpoint, 68 Col. L.Rev., 445, (1968)
- Kronstein, Heinrich,
Volhard, Joachim: Brandeis Before the Federal Trade Commission in 1915, Should Advisory Opinions Be Given, 24 Fed. B.J. 609, (1964)
- Lasater, William R.: Track Regulation, Examination of Games of Chance and Referral Selling As Promotional Devices, 17 Kans. L.Rev. 668, (1969)
- Lemke, Donald B.: Souped Up By Affirmative Disclosure Orders of the Federal Trade Commission, U.Mich. L.J. Reform 180, (1970)
- Lemor, Robert F.: Administrative Agencies News Release, Public Information Versus Private Injury, 39 Geo. Wash., L.Rev. 63, (1968)
- Levi, Edward H.: The Antitrust Laws and Monopoly, U.Chi. L.Rev., 153, (1947)
- Lunsford, Julius R.: The Mechanics of Proof of Secondary Meaning, TMR 263, (1970)
- Mac Intyre, Everette: The Status of Regulatory Independence, 29 Fed. B.J., 1, (1969)
- Mac Intyre, Everette,
Brand, T.v.: Unfair Methods of Competition as an Evolving Concept - Prelude to Consumerism, 44 St. John's L.Rev., 597, (1970)

- Mac Intyre, Everette,
Volhard, Joachim: The Federal Trade Commission,
XI Boston College, Industrial
and Commercial L.Rev., 723,
(1970)
- McLaughlin, George J., Jr.;
White, Quincy R., Jr.: Advertising Agencies, Their
Liability Under the FTCA,
17 Kans., L.Rev., 587, (1969)
- Markham, Jesse W.: The Federal Trade Commission's
Use of Economics, 64 Col.L.Rev.,
405, (1964)
- Massel, Marks: The Regulatory Process, 26 Law
and Contemporary Problems, 181,
(1961)
- Millstein, Ira M.: The Federal Trade Commission and
Deceptive Advertising, 64 Col.
L.Rev., 439, (1964)
- Morese, Richard L.D.: A Consumer's View of Federal Trade
Regulation of Advertising, 17 Kans.
L. Rev., 639, (1969)
- Oppenheim, Chesterfield
S.: Der unlautere Wettbewerb in der
amerikanischen Rechtsprechung -
Rückschau und Ausblick, GRUR
Int. 1959, 517
Developments in Antitrust During
the Past Years, 17 ABA Antitrust
Section 33, 235, (1961)
- Pastor, Wilhelm L.: Verbraucherverbände im Sinne des
§ 13 Abs. 1 a UWG GRUR 1969, 574
- Pitofsky, Robert: Developing Concept of "Unfairness"
Under Sect. 5, in: Rockefeller,
Edwin S./van Cise, Jerrold, The
Federal Trade Commission in Action,
Corporate Law and Practices, (1972)

- Pollack, Ervin H.: Precomplaint Investigation by the Federal Trade Commission, 14 Chi. Bar Record, 379, (1964)
- Pollay, Richard W.: Deceptive Advertising and the Consumer Behavior, A Case for Legislative and Judicial Reform, 17 Kansas L.Rev., 625, (1969)
- Pound, Roscoe: Law and State, Jurisprudence and Politics, 57 Harv. L.Rev., 1193, (1944)
- Rahl, James A.: Does Sect. 5 of the FTCA Extend the Clayton Act? Antitrust Bulletin, 533, (1960)
- Rublee, Steven M.: The Original Plan and the Early History of the Federal Trade Commission, 11 Acad. Pol. Sci. Proc. 114, (1926)
- Schechter, Frank I.: The Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv. L.Rev., 812, (1927)
- Schramm, Carl: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1952, S. 472
- Schwartz, Gustav: Verfolgung des unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333
- Schwenk, Edmund H.: Die Rule of Reason und "per se"-Regel im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1957, 339
- Stern, Robert L.: Review of Findings of Administrators, Judges and Juries, 68 Harv. L.Rev., 70, (1944)
- Stockell, Mercer L.: Federal Trade Commission and Trademarks, 54 TMR 500, (1965)

- Tait, John F.: Equitable Treatment of Competitors, CCH Antitrust Law Symposium 75, (1960)
- Thain, Gerald, J.: What is Deception? In: Rockefeller, Edwin S./van Cise, Jerrold, The Federal Trade Commission in Action, Corporate Law and Practice, (1972)
- Travers, Arthur H., Jr.: Foreward to 17 Kansas L.Rev. 551, (1969)
- Treece, Reavis J.: Protectability of Productdifferentiation, Is and Ought Compared, 18 Rutgers L. Rev., 1019, (1964)
- Ulmer, Eugen: Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht - Rechtsfragen der Nachkriegszeit, GRUR 1951, 351
- Votaw, Burton M.: Antitrust in 1914, The Climate of Opinion, 24 ABA Antitrust Section, 14, (1964)
- Warne, Colston E.: Advertising - A Critic's View, Journal of Marketing, October 1972
- Weston, Glen E.: Deceptive Advertising and the Federal Trade Commission, 24 FBJ 548, (1964)
- Withrow, James R., Jr.: Investigatory Powers of the Federal Trade Commission, Constitutional and Statutory Limitations, 24 Fed. B.J. 456, (1964)
- Wolff, John: Non-Competing Goods in Trademark Law, 37 Col. L.Rev., 582, (1937)
- Würdinger, Hans: Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721

Beiträge und Artikel ohne Verfasserangabe

A. Comments

Corrective Advertising Orders, The FTC 's New Formula For Effective Relief, 50 Tex.L.Rev. 312 (1972)

FTC Revised Guides Against Deceptive Pricing Limit Manufacturer's Liability, 39 N.Y. U. L.Rev. 884 (1964)

Permissible Scope of Cease and Desist Orders, Legislation and Adjudication by the FTC, 29 Chi. L.Rev. 706 (1962)

B. Notes

A Case Study of the Impact of Consumer Legislation, The Elimination of Negotiability and the Cooling - Off Period, 78 Yale L.J. 618 (1969)

Antitrust Implications of Network Television Quantity Discounts, 65 Col.L.Rev. 1213 (1965)

Competitive Torts, 77 Harv.L.Rev. 884 (1964)

Corrective Advertising and the FTC : No, Virginia, Wonder Bread Doesn't Help Build Strong Bodies Twelve Ways, 70 Mich. L.Rev. 374 (1971)

Corrective Advertising Orders and the FTC, 85 Harv.L.Rev. 477 (1971)

Deceptive Advertising, 80 Harv.L.Rev. 1005 (1967)

Dilution, Trademark Infringement or Will-o'-the Wisp? 77 Harv.L.Rev. 520 (1964)

Disparaging Publicity by Federal Agencies, 67 Col.L.Rev. 1512 (1967)

Extrinsic Misrepresentations in Advertising Under Sect. 5 (a) FTCA, 114 U.Penn. L.Rev. 725 (1966)

FTC Plans Major Report on Truth in Advertising, 166 N.Y. L.J. 1 (1971)

Freedom of Expression in A Commercial Context, 78 Harv. L.Rev. 1191 (1965)

Illusion or Deception, The Use of " Props " and " Mock - Ups " in Television Advertising, 72 Yale L.J. 145 (1962)

The FTC and the Reform of the Administrative Process,
62 Col.L.Rev. 671 (1962)

The Gasoline Price Wars, A Case Study of the Shortcomings
of the Mandatory Process, 38 Ind. L.Rev. 439 (1963)

Voluntary Compliance, An Adjunct to the Mandatory Process,
38 Ind. L.Rev. 377 (1963)

Ämtliche Dokumente und VeröffentlichungenA. Reports der FTC

FTC Annual Reports 1961, 1964 - 1969

Economic Report on Food Chain Selling Practices
in the District of Columbia (1969)

Economic Report on Installment Credit Practices
and Retail Sale Practices of District of Columbia
Retailers (1968)

National Consumer Protection Hearings (1968)

Report on Commission Activities to Senate Committee
on Commerce (1965)

Report on District of Columbia Consumer Protection
Program (1968)

Report to Congress Concerning the Health Hazards
of Cigarette Smoking, § 50.174 CCH Trade Regulation
Reporter

Staff Report (Subcommittee Report) § 50.229 CCH
Trade Regulation Reporter

B. Sonstige Veröffentlichungen der FTC

FTC Administrative Bulletin (1964)

FTC News 7/7/70

Policy Statement Concerning the Advertising of Books,
§ 50.304 CCH Trade Regulation Reporter

Policy Statement of 1948, 13 Fed.Reg. 414

FTC Release 6/25/68

Trade Regulation Reports No. 10, 3/7/72

Trade Regulation Reports No. 21, 8/12/72

Statement of Basis and Purpose of Trade Regulation
Rules, 29 Fed. Reg. 8325

C. Verwaltungsverordnungen und Verwaltungsanordnungen der FTC

Guides Against Bait Advertising, 16 CFR § 238 (1969)

Guides Against Deceptive Advertising of Guarantees,
16 CFR § 239.1 (1967)

Guides Against Deceptive Pricing, 16 CFR § 233.5 (1964)

Guides Concerning the Use of the Word Free and Similar Representations, § 16 CFR § 251 (1971)

Proposed Trade Regulation Rule Concerning Cooling - Off Period for Door-to-Door Sales, 35 Fed. Reg. 15.164 (1971)

Trade Regulation Rule Concerning the Use of Games of Chance in the Food Retailing and Gasoline Industries, 16 CFR § 419 (1969)

D. Gesetzgebungsmaterialien und Dokumente des Kongresses

21 Cong.Rec. 3146 (1890)

47 Cong.Rec. 1225 (1911), 26.1920, 26.2444

51 Cong.Rec. 2142 (1914), 11.105, 11.109, 12.029,
12.030, 12.213, 12.894

H.Rep. No. 533 (63rd Cong. 2nd Sess. 1914)

H.Rep. No. 1613 (75th Cong. 2nd Sess. 1937)

S.Rep. No. 597 (63rd Cong. 2nd Sess. 1914)

Consumers Protection and Interest Programs,
H.R. Doc. No. 364, 87th Cong. 2nd Sess. 1962

Hearings on Advertising Practices, Hearings Before
a Subcommittee of the Committee of Appropriations,
92nd Cong. 2nd Sess. 1972

The Constitution of the United States of America,
H.Doc. No. 124, 90th Cong. 1st Sess. 1967

E. Sonstige behördliche Veröffentlichungen

Commission on Independent Regulatory Commissions
(Hoover Task Force) (1949)

Final Report of Attorney General's Committee on
Administrative Procedure (1941)

Report of the ABA Commission to Study the FTC (1969)

Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur
Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Westerland/
Sylt, 1975

US Attorney General's Report of Committee on Adminis-
trative Procedure (1941)

a. A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
ABAJ	American Bar Association Journal
Acad. Pol. Sci. Proc.	Academy of Political Science Proctorly
AcP	Archiv für civilistische Praxis
aff'	affirmed
A.L.R.	American Law Register
Anm.	Anmerkung
Ark.	Arkansas
Ass'n	Association
BGH	Bundesgerichtshof
Bros.	Brothers
B & Ad	Barnewall and Adolphus
Calif. L. Rev.	California Law Review
CCH	Commerce Clearing House
cert. den.	certiorari denied
CFR	Code of Federal Regulations
Chi. Bar Record	Chicago Bar Record
Circ.	Circuit (Court of Appeals)
Co.	Company
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
Cong.	Congress
Cong. Rec.	Congress Records
cons. order	consent order
Corp.	Corporation

D.C.	District Court
Dep't	Department
Dkt.	Docket
D.C. Circ.	District of Columbia Circuit
Doc.	Document
ed.	edition
Einl.	Einleitung
El & Bl	Ellis and Blackburne
Eng. Rep.	English Reporter
et sequ.	et. sequitur
Ex'r	Executors
Fed.	Federal Reporter
F 2nd	Federal Reporter, Second Series
Fed. Reg.	Federal Register
Fed. Supp.	Federal Supplement
FTC	1. Federal Trade Commission 2. Federal Trade Commission Decisions
FTCA	Federal Trade Commission Act
Ga.	Georgia
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Inlandsteil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
H.R	House of Representatives
H. Rep.	House Reports
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Inc.	Incorporation
Jac. & Wa.	Jacob and Walker
J. Mark.	Journal of Marketing
Jr.	Junior
Kans. L. Rev.	Kansas Law Review
L.J.	Law Journal
L.J.Q.B.	Law Journal Queens Bench
Ltd.	Limited
Mass.	Massachusetts
Mfg.	Manufacturing
Mich. Law Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review

Nat'l	National
N.D.	Northern District
NLRB	National Labour Relations Board
No.	Number
Notre Dame Lawy.	Notre Dame Lawyer
N.Y.	New York
N.Y.L.J.	New York Law Journal
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
p.	page
pp.	pages
PLI	Practising Law Institute
prop.	proposed
Q.B.	Queens Bench
S.	Seite
S.	Senate
S.&C.	Statutes and Court Decisions, Federal Trade Commission
S.ct.	Supreme Court
S.D.	Southern District
Sen. Rep.	Senate Reports
Sess.	Session
St.	Saint
std.	ständig
Stip.	Stipulation
sub. nom.	sub nomine
Suppl.	Supplement
Symp.	Symposium

t/a

Tenn.L.Rev.

TMR

Trading as

Tennessee Law Review

Trademark Reporter

U.Chi. L. Rev.

U.Mich. L. Rev.

U.Penn. L. Rev.

University of Chicago Law Review

University of Michigan Law Review

University of Pennsylvania Law
Review

U.S.

United States

U.S.C.

United States Code

U.S.P.Q.

United States Patents Quarterly

UWG

Gesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb

v.

versus

Vill. L. Rev.

Villanova Law Review

Vol.

Volume

Wisc. L. Rev.

Wisconsin Law Review

WuW

Wirtschaft und Wettbewerb

D. HAUPTTEIL

DIE BEKÄMPFUNG DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS DURCH DIE FTC

I. TEIL

DIE STELLUNG DER FTC IM AMERIKANISCHEN WETTBEWERBSRECHT

1. Kapitel

Das System des Wettbewerbsrechts der USA vor Schaffung der FTC im Jahr 1914

Ein System des Wettbewerbsrechts im heutigen Sinn gab es zum damaligen Zeitpunkt in den USA noch nicht.

Die Grundlage sämtlicher Verbotstatbestände, die man heute zum Mitbewerber - und Wettbewerbsschutz rechnen könnte, war das common law l. mit seinem Schutz des Eigentums oder sonstiger schutzfähiger Vermögensinteressen sowie bestimmter Grundsätze des öffentlichen Wohls durch das Institut der unerlaubten Handlung (" common law of torts ").

1. Das Antitrustrecht der USA vor 1914

Bereits das common law hatte Verträge verboten, deren einziger Zweck es war, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten mit der aus der Wettbewerbsbeschränkung resultierenden Folge der Kontrolle über Preise und Qualität von Waren auszuschließen (" restraint of trade "). Mit dem Erlaß des Sherman Act von 1890, der auch heute noch das wesentliche Kernstück der amerikanischen Antitrustgesetzgebung darstellt, wurden als rechtswidrig befundene Wettbewerbsbeschränkungen kodifiziert. In seinen wesentlichen materiel-

1. Common law ist ungeschriebenes Recht, siehe hierzu Carl H. Fulda, Einführung in das Recht der USA, S. 31 - 35, 1966

len Bestimmungen erklärte er in Anlehnung, jedoch ohne Bindung an die Grundsätze des common law jede Vereinbarung und jeden Zuschluß in Form eines Trusts oder in anderer Weise sowie jedes Zusammenwirken mit dem Ziel der Beschränkung des freien Handels (sect. 1 Sherman Act) 2. , weiter den Erwerb sowie den Versuch der Erlangung von Monopolgewalt (sect. 2 Sherman Act) 3. für ungesetzlich.

Die ursächlich zum Erlaß des Gesetzes führende primäre Zielsetzung der damaligen Antitrust - policy lag in der Verhinderung des Entstehens und der Ausübung mißbräuchlicher Monopolgewalt durch Verbot unfairen Verhaltens im Wettbewerb (" keeping competition both free and fair ") 4.

Die Innehabung einer Monopolstellung als solche wurde nicht als ungesetzlich angesehen, in ihr drückte sich lediglich die Verwirklichung unternehmerischen Könnens aus:

" who merely by superior skill and intelligence ... got the whole business because nobody could do it as well is not subject to the provisions of the Act " 5.

2. 15 U.S.C. sect. 1

3. 15 U.S.C. sect. 2

4. Carl Kaysen and Donald F. Turner, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, p. 20 (1959)

5. 21 Cong.Rec. 3146 - 3152 (1890)

Ohne das Hinzutreten unfairen Verhaltens in Bezug auf den Erwerb oder die Aufrechterhaltung von Monopolmacht bot der Sherman Act keine Handhabe (" abuse theory ") 6.

Demnach wurde die Bekämpfung von Monopolmacht nicht am wirtschaftlichen Geschehen orientiert, sondern mit der Unterscheidung zwischen " guten " und " bösen " Trusts 7. in das enge Korsett ethischer Maßstäbe gezwängt 8.

Eine Abkehr wenn auch nicht vom Gesetzeszweck, so doch von den Kriterien der Rechtswidrigkeit der Verbotstatbestände nach dem Sherman Act, zeigte sich in den Entscheidungen Standard Oil Co. of New Jersey v. US 9. und American Tobacco Co. v. US 10. aus dem Jahre 1911 : Der Supreme Court entschied, daß nur ungerechtfertigte, unbillige

6. G.E. Hale and Rosemary D. Hale, Market Power, Size and Shape Under the Sherman Act, § 2.6, p.364 (1958); US v. American Naval Stores Co., 172 Fed. 455,458, S.D. Ga. 1909

7. Gerard C. Henderson, The FTC, p.4 (1924); Henderson erklärt diese Auffassung damit, daß wegen des Aufruhrs der öffentlichen Meinung hinsichtlich der drückenden Marktmacht der Monopolgesellschaften und Trusts innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens nur eine politische Entscheidung Aussicht auf Erfolg hatte und deshalb auf differenzierte wirtschaftliche Zusammenhänge keine Rücksicht genommen werden konnte:

" ... it has been almost a political necessity to divest the trust problem of its complicated reality and to clothe it in simpler raiment of personal ethics ", p.2

8. Levi, The Antitrust Laws and Monopoly, U.Chi.L.Rev. 153,160, (1947)

9. 221 US 1, 1911

10. 221 US 106, 1911

(" unreasonable ") Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit untersagt werden konnten 11. 12.

Die zweite bedeutsame Komponente der amerikanischen Antitrust - policy, die sich allerdings in den Vorschriften des Sherman Act nicht ausdrücklich niedergeschlagen hat, bestand in der Erhaltung einer möglichst großen Vielzahl kleiner und mittlerer Unternehmen, die von den mächtigen Trusts und Großkonzernen vom Wettbewerb ausgeschlossen zu werden drohten 13. Mit der Verbindung der beiden selbständigen Konzepte der Verhinderung der Monopolbildung durch Verbot unfairen Wettbewerbsverhaltens und des besonderen staatlichen Schutzes des sogen. kleinen Geschäftsmannes schien ein nahezu automatisches Funktionieren des Wettbewerbsprozesses gewährleistet zu sein 14.

Unter Berücksichtigung der geschilderten Gesetzeszwecke begann sich der Sherman Act von

-
11. siehe hierzu ausführlicher S. 12 - 13
 12. siehe im Gegensatz hierzu den Grundsatz der Neutralität des deutschen Wettbewerbsrechts, Carl Schramm, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1952,472
 13. Harry Aubrey Toulmin, Jr., Toulmin's Antitrust Laws, Vol I, § 15.1 (1949)
Zu den Folgen des Behinderungs- und Vernichtungswettbewerbs siehe auch Hans Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 27, 1930
 14. Carl Kaysen, Donald F. Turner, Siehe Anm. 4., p. 19

der ursprünglich beschränkten Schutzrichtung der common law torts zu lösen und wurde und wird als Magna Charta der wirtschaftlichen Freiheit gewertet 15.

2. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs im Zivilrecht der USA

Die ausschließliche Grundlage des Mitbewerberschutzes bildeten die verschiedenen Tatbestände der unerlaubten Handlung mit ihrem Verbot der Beeinträchtigung der Eigentumsrechte oder sonstiger eigentumsähnlicher Interessen 16. der Mitbewerber 17. Aus diesem Grund stellte das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses

-
15. Appalachian Coals Inc. v. US, 288 US 344, 359-360, 1933;
Milton Handler, Unfair Competition, XXI Iowa L. Rev. 175, 214-215 (1936);
Wettbewerb als Rechtsgut der Allgemeinheit
16. Im Rahmen der Eigentumsrechte werden geschützt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (siehe Callmann, Unfair Trademarks and Competition, § 2.1 pp. 18-22 (2nd ed. 1950), wahrscheinliche zukünftige Erwerbserwartungen (Temperton v. Russel, 1893, 1 Q. B. 715, 62 JOB 412) sowie vertragliche Beziehungen (Posner Co. v. Jackson, 223 N.Y. 325, 1918); darüber hinaus jedes Vermögensinteresse, das ein Gericht für schutzfähig hält (siehe Chesterfield S. Oppenheim, Der unlautere Wettbewerb in der amerikanischen Rechtsprechung - Rückschau und Ausblick, GRUR Int. 1959, 517, 521). Siehe auch Chesterfield S. Oppenheim, Unfair Trade Practices, Cases and Comments, Introduction p. 2, (2nd ed. 1965)
17. Milton Handler, Unfair Competition, siehe Anm. 15.,

zwischen den Beteiligten grundsätzlich kein spezielles tatbestandsbegründendes Merkmal der konkreten unerlaubten Handlung dar.

a. Die einzelnen Grundlagen des Mitbewerberschutzes innerhalb des common law of tort

Der Vielfalt der verschiedenen schutzfähigen Eigentumsrechte entsprechend hatten sich innerhalb dieses Rechtsgebietes durch die Rechtsprechung der Gerichte im Lauf der Zeit bestimmte rechtswidrige Verletzungshandlungen mit genau umrissenen oder noch zumindest abgrenzbaren Tatbeständen herauskristallisiert (Lehre vom " nominate tort "). So wurden z.B. bereits seit längerer Zeit Klagen eines geschädigten Mitbewerbers zugelassen, wenn ein Konkurrent die eigenen Waren als dessen Waren ausgab und damit unterschob (" passing off ") 18. oder sich dessen Geschäftsgeheimnisse 19. auf unlautere Weise aneignete oder andere zum Bruch von mit diesem abgeschlossenen Verträgen verleitete 20. 21. Neben der traditionellen Lehre vom " nominate tort " mit ihrer Begrenzung des Rechtsschutzes auf bestimmte Klagegründe begann sich die

-
18. Blofield v. Paine, 4 B & Ad. 410, 110 Eng. Rep. 509 (Q.B. 1833)
 19. Yovatt v. Wineyard, 1 Jac. & W. 394, 37 Eng. Rep. 425 (Ch. 1820)
 20. Lumley v. Gye, 2 El. & Bl. 216, 218 Eng. Rep. 749 (Q.B. 1853)
 21. siehe eine umfassendere Zusammenstellung in Notes, Developments in the Law, Competitive Torts, 77 Harv. L.Rev. 887, 892 - 968 (1964)

Lehre vom " prima facie tort " zu entwickeln, die allerdings keinen großen Anwendungsbereich fand. Hierbei handelte es sich um eine allgemeine Generalklausel des Schadensrechts, nach der jede Zufügung eines Schadens als unerlaubte Handlung gilt, falls kein Rechtfertigungsgrund besteht 22.

b. Gemeinsame Regeln für alle den Mitbewerberschutz betreffenden unerlaubten Handlungen

Ihrem Charakter als Eigentumsschutz entsprechend setzten gegen einen Mitbewerber gerichtete Ansprüche aus unerlaubter Handlung eine Verletzung dieses Rechts mit der Folge der Entstehung eines nachweisbaren Schadens des klagenden Konkurrenten voraus. Die Einbeziehung der täuschenden Werbung in die Reihe der nominate torts scheiterte damals im wesentlichen an der praktischen Unmöglichkeit des Nachweises dieser Deliktsvoraussetzung. In der grundlegenden Entscheidung American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co. 23. heißt es:

" the theory of the case seems to be, that complainant manufacturing a genuine aluminium board has the right to enjoin others from branding any board " aluminium " not so in fact, although there is no attempt of such wrongdoer to impose upon the public the belief that the goods

22. Aikens v. Wisconsin, 195 US 194, 1904; siehe hierzu auch Chesterfield S. Oppenheim, Anm. 16. in GRUR Int. 1959, 518
23. 103 Fed. 281, 6th Circ. 1900

so manufactured are the goods of complainant. This case loses sight of the thoroughly established principle that the private right of action is not based upon fraud or imposition upon the public, but is maintained solely for the protection of property rights " 24.

Klagen wegen Herabsetzung der eigenen Waren durch einen Mitbewerber waren ebenfalls grundsätzlich zur Aussichtslosigkeit verurteilt 25.

Wenn auch das Kardinalprinzip des wettbewerbsbezogenen Deliktsrechts, ohne Mißbrauchsabsicht einen Geschäftsbetrieb eröffnen und um Kunden werben zu dürfen 26. einen maßgeblichen Einfluß auf die tatbestandsmäßige Abgrenzung der einzelnen unerlaubten Handlungen genommen hatte, wurde auch damals Wettbewerb als solcher nicht als Rechtfertigungsgrund für eine erfolgte Verletzung von Eigentumsrechten anerkannt.

3. Der Zusammenhang der common law torts mit dem Sherman Act

In Anwendung des Grundsatzes der Bekämpfung von Monopolgewalt durch Verbot unfairen Verhaltens im Wettbewerb erlangten die den Schutz von Mitbewerbern gestaltenden common law torts Bedeutung innerhalb der sect. 2 Sherman Act 27. 28.

24. siehe Anm. 23

25. Notes, Developments in the Law, Competitive Torts, siehe Anm. 15. p.180

26. Feststellung in dem berühmten sogen. Schoolmaster's case, Anonymus, Hilary Terms, Y.B. Hen.J. V, f.47, pl.21 (1410)

27. 15 U.S.C. sect. 2

28. Gustav Schwartz, Verfolgung des unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333, 340

Diese Verbindung war dahin zu kennzeichnen, daß die unerlaubten Handlungen Tatbestandsmerkmale eines damit unzulässigen Erwerbs von Monopolgewalt sein konnten 29., vorausgesetzt, daß die Fähigkeit, Mitbewerber vom Wettbewerb auszuschließen sowie die Macht zur Kontrolle von Preisen vorhanden war 30. Insbes. erleichterte der Nachweis der Begehung unerlaubter Handlungen die Feststellung des Versuchs der Erlangung von Monopolgewalt 31. Die Verbreitung täuschender Werbung sowie die Unterschiebung der eigenen Waren an Stelle deren eines bekannteren Mitbewerbers (" passing off ") wurden aber nicht als Mißbrauch einer bestehenden Monopolgewalt bzw. als unzulässiges Mittel zu deren Erwerb angesehen 33.

4. Basis des Verbraucherschutzes

Grundlagen des Verbraucherschutzes vor 1914 wa-

-
29. Hale & Hale, siehe Anm. 6. pp. 61 - 65
30. Harry Aubrey Toulmin, siehe Anm. 13. § 15.I.
Zur andersartigen deutschen Rechtslage siehe Ulmer, Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht - Rechtsfragen der Nachkriegszeit, GRUR 1951, 351, 355 - 356 sowie Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721, 734 : ein Verstoß gegen Vorschriften des UWG beinhaltet nicht gleichzeitig einen Verstoß gegen Vorschriften des GWB und umgekehrt.
31. Standard Oil Co. of New Jersey v. US, 221 US 1, 42-43, Betriebsspionage und nachfolgende drastische Preiskürzungen; Patterson v. US, 222 Fed. 599, 612, 6th Circ. 1915, Herabsetzung von Mitbewerbern.
32. Hale & Hale, siehe Anm. 6.
33. siehe hierzu auch Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 15.4, pp. 220 - 223, (2nd ed. 1945)

ren insbes. vertragliche Rechte, Gewährleistung und Garantie 34. Innerhalb dieser Anspruchsgrundlagen galt die sogen. "caveat emptor" - Theorie, wonach der Verkäufer nur dann für Mängel der Ware haftete, wenn der Käufer sich auf die Behauptungen des Verkäufers hatte verlassen dürfen, ein Privileg, das so eng interpretiert wurde, daß das Risiko eines Kaufs bei mangelhafter Ware im Ergebnis grundsätzlich beim Käufer verblieb 35.

Der Käufer durfte beispielsweise Behauptungen des Verkäufers nicht trauen, die dem Bereich der damals als in der Werbung für zulässig und sogar notwendig erachteten Übertreibung ("puffing") angehörten mit der Folge, daß ein klageweises Vorgehen des Käufers nur bei Angaben über Zusammensetzung und Bestandteile der Ware Erfolg versprach 36.

Dem Käufer wurde hinsichtlich der Ware eine Erkundigungs- und Prüfungspflicht auferlegt ("reliance") 37.

Die größte Schwierigkeit bei der Durchsetzung von aus einer mangelhaften Lieferung resultierenden Ansprüchen bestand jedoch darin, daß die täuschen-

-
34. Francis Bohlen, Misrepresentation as Deceit, Negligence or Warranty, 42 Harv.L.Rev. 733,747, (1929); Notes, Advertising and the Buyer's Remedies, 6 Vanderbilt L. Rev. 376 - 392 (1953)
 35. Notes, Developments in the Law, Deceptive Advertising, 80 Harv. L.Rev. 1005, 1016-1017 (1967)
 36. Newhall v. Ward Baking Co., 434 N.E. 625 (1922)
 37. Berman v. Woods Co., 38 Ark. 351 (1881)

de Werbung meist nicht vom Kaufvertragspartner, sondern von einem dem Käufer unbekannten Hersteller verbreitet wurde. Die Gegenseitigkeit der Vertragsbeziehungen ("privity") 38. ist jedoch ein unumgängliches Erfordernis einer auf vertragliche Beziehungen gestützten Klage. Täuschende Werbung kann daneben vom Käufer als unerlaubte Handlung im Weg einer Klage wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Täuschung ("deceit" bzw. "negligence") 39. verfolgt werden.

Diese Möglichkeit war schon deshalb mehr eine nur selten zur Verurteilung von Verkäufern führende und theoretische Lösung, weil als subjektives Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung ein Täuschungsvorsatz ("scienter") 40. des Verkäufers nachzuweisen war.

Innerhalb des Instituts des Schutzes von Eigentumsrechten von Mitbewerbern hatte der Verbraucherschutz noch keine selbständige Bedeutung, sondern mehr die eines zwangsläufigen Annexes des Mitbewerberschutzes erlangt.

2. Kapitel

Die Schaffung der FTC und der Erlass des Clayton Act und des Federal Trade Commission Act im Jahr 1914

-
38. *Huset v. J.I. Case Threshing Mach. Co.*, 120 Fed. 865, 8th Circ. 1903
 39. Francis J. Charlton, William A. Fawcett, *The FTC and False Advertising*, 17 *Kansas L.Rev.* 599, 603 (1969)
 40. *Shippen v. Bowen*, 122 US 575 (1887)

Im Jahr 1914 erfuhr das im 1. Kapitel dargestellte System des Wettbewerbsrechts der USA eine entscheidende Erweiterung durch den Erlaß zweier Gesetze, die auch heute noch zu den zentralen Bestimmungen des Antitrustrechts gehören. Mit dem Erlaß des Clayton Act wurden in Ergänzung der Verbotstatbestände des Sherman Acts von 1890 spezifiziertere rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen untersagt 41.

Die Verabschiedung des Federal Trade Commission Act (FTCA) schuf die Voraussetzungen für die Errichtung der Federal Trade Commission (FTC), der aufgrund der im selben Gesetz statuierten Generalklausel die administrative Bekämpfung von Wettbewerbsverletzungen übertragen wurde 42.

1. Die Antitrustbewegung als Hintergrund des Erlasses beider Gesetze

Ursache des Erlasses sowohl des FTCA wie auch des Clayton Act war die in der amerikanischen Öffentlichkeit ständig wachsende Furcht vor den Monopolen und Trusts 43., die durch Gebiets- und Preiskartelle und Diskriminierung den Markt und die Preise beherrschten.

Den unmittelbaren Anlaß bildeten jedoch die Entscheidungen des Supreme Court in Standard Oil Co. of New Jersey v. US und American Tobacco Co. v. US 44. und die darin ausgespro-

41. 15 U. S. C. 12 - 27

42. 15 U. S. C. 41 - 58

43. Earl W. Kintner, an Antitrust Primer, pp. 8-9 (1968)

44. 221 US 1, 1911; 221 US 106, 1911

chene " rule of reason ", die besagt, daß nicht alle im Sherman Act genannten, sondern nur unbillige (" unreasonable ") Wettbewerbsbeschränkungen ungesetzlich sind 45. 46. Mit dieser Doktrin wurden die in der Praxis kaum durchgesetzten Vorschriften des Sherman Acts vollends geschwächt. Die nun bei den Gerichten 47. liegende Entscheidungsbefugnis aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unbilligkeit der Wettbewerbsbeschränkung wurde weder von der breiten Öffentlichkeit noch vom Kongress als hinreichend wirksame Waffe gegen die geballte Macht der Monopole beurteilt 48. und ließ die Forderung nach deren Regelung durch eine Sonderbehörde laut werden.

2. Die Auffassung von der administrativen Bekämpfung von Wettbewerbsverletzungen

In den USA war um die Jahrhundertwende das Konzept

-
45. siehe hierzu Edmund H. Schwenk, Die Rule of Reason und "per se" - Regel im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1957, 339-340
 46. Damit war die Entscheidung US v. Transmissouri Freight Ass'n, 166 US 290, 340, 1897, überholt, die den Standard der "reasonableness" als Maßstab der Rechtmäßigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung noch ausdrücklich ablehnte: "if the law prohibits any contract or combination in restraint of trade or commerce, a contract or combination made in violation of such law is void, whatever may have been therefore decided by the courts to have been the public policy of the country on the subject".
 47. Die Verfolgung von Verstößen gegen den Sherman Act gehört zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft (15 U.S.C. sect. 4)
 48. Votaw, Antitrust in 1914, the Climate of Opinion, 24 ABA Antitrust Section 14, 21 (1964)

der Wirtschaftsverwaltung durch Sonderbehörden durchaus kein novum mehr 49.

Da eine gewachsene allgemeine Bundesverwaltung fehlte, wurden auf Bundesebene schon frühzeitig Sonderbehörden zur Regelung der verschiedenen Wirtschafts- und Sozialbereiche ("independent regulatory commissions") geschaffen 50.

Als erste Bundesbehörde dieser Art war im Jahr 1887 die Interstate Commerce Commission (ICC) 51. errichtet worden, deren Aufgabe die Bekämpfung wettbewerblicher Auswüchse in Form von selbstzerstörerischen Tarifkriegen einerseits und der Forderung von Wuchertarifen andererseits im Eisenbahnverkehr war.

Angesichts der als Versagen gewerteten Vorsicht der Gerichte bei der Feststellung von Verstößen gegen den Sherman Act bot sich zur Behebung der Schwierigkeiten der Monopolbekämpfung die Schaffung einer weiteren Sonderbehörde als " Experiment mit Tradition " 52. ganz selbstverständlich an.

-
49. Vor 1900 gab es bereits 16 Bundessonderbehörden, siehe Final Report of Attorney Generals' Committee on Administrative Procedure, pp. 8-9 (1941)
50. Robert A. Riegert, Das amerikanische Verwaltungsrecht, S. 32, 34-39, 1967
51. Earl W. Kintner, siehe Anm. 42. p. 11
52. Gratz v. FTC, 253 US 421, 434, 1920: "it was a new experiment along old lines and the machinery employed was substantially similar"; siehe auch Senator Newlands, 47 Cong.Rec. 1225, 1227, (1911): "whether we are to permit in the future the administration regarding these great combinations to drift practically into the hands of the courts ... or whether we will organize, as a servant of Congress, an administrative tribunal similar to the Interstate Commerce Commission".

3. Die Grundfrage der Regelung von Monopolen in der Sicht der verschiedenen Parteien und ihrer Präsidentschaftskandidaten

Die im FTCA und Clayton Act zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsätze standen im Zeichen des Präsidentschaftskampfes von 1914. Mittelpunkt der Auseinandersetzungen war die Möglichkeit der Verhinderung und Zerschlagung von Monopolgewalt 53.

Hätte sich die Auffassung des Präsidentschaftskandidaten Roosevelt durchgesetzt, bedürften heute Monopolgesellschaften in Amerika einer Lizenz und würden von einer Staatsbehörde überwacht. Mit der Durchführung dieses Konzepts der Verhinderung von Monopolmacht durch staatliche Kontrolle wäre das Ende des Gedankens der Wettbewerbsfreiheit erreicht gewesen 54.

Als zugkräftiger erwies sich die mit der hergebrachten Tradition in Einklang stehende 55. Lösung Wilsons der auch unter den gegebenen Umständen weiterbestehenden Gültigkeit und Berechtigung des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit und der Verhinderung der Monopolgewalt durch Verbot unfairen Verhaltens im Wettbewerb:

53. Everette Mac Intyre, T.v. Brand, Unfair Methods of Competition as an Evolving Concept - Prelude to Consumerism, 44 St. John's L.Rev. 597, 598 (1970)

54. Gerard C. Henderson, siehe Anm. 7. p. 24

55. siehe S. 2 - 3

" that it is illicit, not free and fair competition, which tends to create monopolistic conditions " 56.

Eben weil nach dieser Ansicht die Ursache der Entstehung unzulässiger Monopolgewalt nicht auf die durch rege Geschäfts- und Wettbewerbstätigkeit bedingten natürlichen Ausdehnungstendenzen eines Unternehmens, sondern auf mißbräuchliche und ungesetzliche Wettbewerbshandlungen zurückgeführt werden mußte, konnte die Monopolbildung durch Abstandnahme der Wettbewerber von unlauteren Handlungen im Wege freiwilliger Kooperation ohne behördliche Eingriffsverwaltung gebremst werden:

" ... the opinion of the country would instantly approve of such a commission, it would not wish to see it empowered to make terms with monopoly or in any sort to assume control of business, as if the Government made itself responsible. It demands such a commission only as an indispensable instrument of information and publicity, as a clearing house for the facts by which both the public mind and the managers of great business undertakings shall be guided " 57.

Mit dem Gedanken der Verhinderung von Monopolbildung durch Verbot unfairen Verhaltens war eine grundlegende Entscheidung über den materiellen Inhalt der späteren Generalklausel schon gefallen 58. Im Gegensatz dazu war dem gerade dargestellten formellen Konzept Wilsons der Errichtung einer Behörde mit den be-

56. Thomas W. Wilson, The New Freedom, p. 108 (Prentice-Hall ed. 1961)

57. siehe Thomas W. Wilson, Anm. 56. p. 101

68. Die Formulierung des sect. 5 (a) FTCA lautete: "unfair methods of competition are hereby declared unlawful"

grenzten Funktionen der gestaltenden Leistungsverwaltung kein Erfolg beschieden 59.

4. Das Ziel der Beseitigung der mit der Anwendung der " rule of reason " eingetretenen Rechtsunsicherheit

Das mit der " rule of reason " aufkommende Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei der Handhabung antitrustrechtlicher Vorschriften sowie das bereits erwähnte Mißtrauen gegenüber der rechtssprechenden Gewalt führte direkt zur enumerativen Aufzählung und Konkretisierung von Wettbewerbsverletzungen im Clayton Act.

Der Konflikt zwischen der in der Wahl des Enumerationsprinzips ausgedrückten Forderung nach Rechtssicherheit und der Notwendigkeit flexiblen Vorgehens gegenüber sich möglicherweise erst in Zukunft abzeichnenden ungesetzlichen Handlungen spiegelt sich in der Entscheidung über die Verabschiedung der umfassenden Generalklausel des sect. 5 (a) FTCA 60. mit ihrem Verbot jeglicher unfairer Wettbewerbsmethoden wider 61.

Die Rechtfertigung der aufgrund der Einführung der Generalklausel wiederum befürchteten Rechtsunsicherheit wurde in der administrativen Durchsetzung der Gesetzesvorschrift durch die FTC als

59. siehe hierzu S. 24

60. 15 U.S.C. 45

61. Nach den ursprünglichen Gesetzesmaterialien sollte die FTC lediglich die Vorschriften des Clayton Acts durchsetzen; sect. 11 (a) Clayton Act.

Verwaltungsbehörde 62. gesehen, die aufgrund besonderer Fachkenntnis ("expertise") zumindest mit Hilfe judizieller Befugnisse eine gewisse Kontinuität der Rechtsanwendung gewährleisten sollte:

" The organization should be quasi - judicial in character. We want traditions, we want a fixed policy, we want trained experts, we want a body of administrative law built up " 63.

5. Die Entwicklung der Generalklausel des sect. 5 FTCA im einzelnen

Die Grundlagen einer materiellrechtlichen Regelungsbefugnis außerhalb des Clayton Acts und einer Generalklausel zeichneten sich erst im Lauf der Auseinandersetzungen in Senat und Kongress um den Erlaß des Gesetzes über die Errichtung der Federal Trade Commission ab.

Im Senat wurde durch Senator Newlands eine Gesetzesvorlage eingebracht (Newlands Bill, S. 4160) 64., die, wie auch Gesetzesvorlagen von Mitgliedern des Repräsentantenhauses (HR 15613, Covington Bill und HR 12 120. Clayton Bill) 65., keine materiellrechtliche Norm, sondern le-

-
62. Everette Mac Intyre, T.v.Brand, siehe Anm. 53. p. 599 (1970); Senator Sterling, 51 Cong. Rec. 12.213 (1914) über die Generalklausel: "a bill to perpetuate uncertainty in business"
63. Earl W. Kintner, The Trade Court Proposal, an Examination of some Possible Defects, 44 ABAJ 430, 441 (1958); Als Alternative zur FTC wird heute ein Handelsgerichtshof erwogen. Das Zitat stammt von Senator Newlands, angeführt in Gerard C. Henderson, siehe Anm. 7. p. 19
64. Sen. Rep. No. 597, 63rd Cong. 2nd Sess. (1914)
65. Covington Bill, Sen.Rep. No. 597, 2nd Sess. 8 (1914); Clayton Bill, 51 Cong.Rec. 2142 (1914)

diglich behördliche Befugnisse der zu gründenden Federal Trade Commission in Unterstützung des Justizministeriums bei der Durchsetzung des Sherman und Clayton Acts vorsah.

Eingang fand das nur von einer Minderheit vertretene Konzept einer Regelungsbefugnis aufgrund einer von den Antitrustgesetzen unabhängigen Gesetzesvorschrift mit der Formulierung der Stevens - Bill, HR 15660, die unlauteren und knebelnden Wettbewerbs verbot 66.

Auf Vorschlag des Interstate Commerce Committee 67., das den Entwurf der Minderheit aufgegriffen hatte, sollte in den FTCA eine materiellrechtliche Bestimmung mit dem Wortlaut " unfair competition in commerce is unlawful " inkorporiert werden, wodurch die in der Stevens - Bill gegebene Lösung in den Mittelpunkt des Interesses rückte.

Die vom Interstate Commerce Committee in Vorschlag gebrachte Formulierung wurde deshalb nicht angenommen, weil der Begriff " unfair competition " eine eng umgrenzte unerlaubte Handlung, die Unterschie-

-
66. H.Rep. No. 533, Part 2, pp. 1-2, 63rd Cong. 2nd Sess. (1914): "unfair and oppressive competition"; Keine größere Bedeutung erlangte eine Gesetzesvorlage des Abgeordneten Lafferty, die eine gleichlautende Klausel beinhaltete, aber zwischen "natürlichen" und "künstlich" geschaffenen Quellen der Monopolgewalt unterschied, und neben der Generalklausel enumerativ besondere Gesetzesverstöße aufzählte, H. Rep. No. 533, Part 3, Appendix 19-27, 63rd Cong. 2nd Sess. (1914).
67. S. Rep. No. 597, 63rd Cong. 2nd Sess. 13 (1914)

bung eigener Waren an Stelle deren eines bekannteren Mitbewerbers (neben der Bedeutung " passing off ") kennzeichnete 68.

Schließlich konnte eine Einigung auf die Formulierung " unfair methods of competition ... are hereby declared unlawful " erzielt werden, deren starke Anziehungskraft darin bestand, daß der Inhalt in keiner Weise fixiert war 69. und die lückenlose Erfassung aller Spielarten ungesetzlicher Wettbewerbs-handlungen zu gewährleisten schien.

Die Folge der Wahl dieses unbestimmten Wortlauts war, daß sich unter seinem weiten Mantel divergierende Auffassungen und Konflikte über die materielle Tragweite und Schutzrichtung des Gesetzes verbargen, die im Lauf der Zeit immer wieder aufbrachen und bis heute keine endgültige Antwort gefunden haben.

Übereinstimmung bestand darüber, daß die gewünschte Flexibilität der Generalklausel die Erfassung aller Handlungen ermöglichen sollte, die einen Konkurrenten vernichten oder ihn in wesentlichem Umfang vom Wettbewerb ausschließen konnten und die die Gerichte bisher als Verstöße gegen den Sherman Act bzw. ähnlicher einzelstaatlicher Gesetze angesehen

68. Chesterfield S. Oppenheim, Der unlautere Wettbewerb in der amerikanischen Rechtsprechung - Rückschau und Ausblick, GRUR Int. 1959, 517, 519

69. Eugene R. Baker, Daniel J. Baum, Sect. 5 of the Federal Trade Commission Act, a Continuing Process of Redefinition, 7 Vill. L. Rev. 517, 533 (1962)

hatten 70.

Zentrales Problem auch der neuen Generalklausel war die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen im Interesse von Mitbewerbern mit dem Ziel der Erhaltung des Wettbewerbs.

Der Gesichtspunkt des Schutzes sonstiger öffentlicher Interessen kündigte sich, wenn auch zunächst nur als Begleiterscheinung des vorrangigen Mitbewerberschutzes, jedoch schon in den Debatten an 71. und wurde teils auch als Kriterium der Ungesetzlichkeit in Betracht gezogen 72.

Weiter sollte der unbestimmte Rechtsbegriff "unfair methods of competition" die Funktion haben, Handlungen, die sich noch nicht zu Verstößen gegen den Sherman Act oder Clayton Act ausgewachsen hatten, aber eine monopolfördernde Tendenz bereits in sich trugen, im Keim zu ersticken 73. Hier ist die Wurzel der das amerikanische Antitrustrecht und auch die Generalklausel später wesentlich beeinflussenden "incipiency - theory" 74. zu finden.

-
70. Gerard C. Henderson, siehe Anm. 7. p. 37; Eugene R. Baker, Daniel J. Baum, siehe Anm. 69. p. 352, footnotes 57, mit einer aufschlußreichen Darstellung von Auszügen der Gesetzesmaterialien im einzelnen.
71. Senator Cummins, 51 Cong. Rec. 11.105 (1914): "every practice and method between competitors tinctured with unfairness to the public"
72. Senator Newlands, 51 Cong. Rec. 11.105 (1914) "every practice and method between competitors upon the part of one against the other that is against public morals"
73. Senator Newlands, 51 Cong. Rec. 12.030 (1914): "to check monopoly in the embryo"
74. siehe S. 47

Aber auch der Wille zur Einbeziehung gegen Mitbewerber gerichteter Handlungen ohne monopolfördernde Tendenz, wie z.B. "passing off" 75. oder sonstiger amoralischer Handlungen 76., ging aus den Debatten hervor. Die erfolgte Ausdehnung der Vorschrift auf Unrechtsgehalte der genannten Art wurde als wenn auch nicht unerwünschte, so doch unbeabsichtigte Nebenfolge des primären Gesetzeszwecks der Monopolbekämpfung gewertet 77.

Die breite Wortfassung war auch bewußt gewählt worden, um der nie endenden Aufgabe der Formulierung von Wettbewerbsverletzungen jeglicher Art und ihres Verbots als Antwort auf ständig im Wandel begriffene Wettbewerbsbedingungen und die Erfindungskraft von Gesetzesverletzern gerecht werden zu können:

" this phrase will cover everything we want and will have such an elastic character that it will meet every new condition that may be invented with a view to gradually bringing about monopoly through unfair competition " 78.

-
75. Senators Sutherland and Cummins, 51 Cong.Rec. 11.105 (1914)
76. Senator Sutherland, 51 Cong. Rec. 12.894 (1914)
77. Senator Newlands, 51 Cong.Rec. 11.109 (1914): "de minimis"; Senator Cummins, zitiert in Gerard C. Henderson, Anm. 7. p. 36: "the only unfair competition that the section will ever touch is that competition which has for its object the destruction of competition"
78. Senator Newlands, 51 Cong. Rec. 12.024 (1914)

Die mühsame Aufgabe der Interpretation im Einzelfall verblieb der FTC und den Gerichten:

" in sect. 5 of the FTCA, it is obvious that no specific rules of conduct were prescribed. The section stated a general ethical and economic principle and relied upon the course of administration and judicial decision to give it content " 79.

6. Die Ausgestaltung der Regelungsbefugnisse im einzelnen

Daß Wettbewerbsbeschränkungen administrativ bekämpft werden sollten, war allgemeine Meinung. Welche Befugnisse der neuen Federal Trade Commission zur Durchführung ihres Mandats übertragen werden sollten, war dagegen heftig umstritten.

Die Gesetzesvorlagen der Mehrheit sahen eine Behörde ohne jegliche Eingriffsbefugnisse als Fortsetzung des bereits bestehenden Bureaus of Corporations 80. vor, deren Hauptfunktionen Aufgaben der Wirtschaftsforschung und Richtlinienplanung 81. (" policy-planning ") bilden sollten.

79. Henderson, siehe Anm. 7. p. 36

80. Rublee, The Original Plan and the Early History of the FTC, 11 Acad. Pol. Sci. Proc. 114, 115, (1926)

81. Untersuchungs- und Wirtschaftsforschungsbefugnisse sind heute in sect. 6 (a), (b), (d), (f) FTCA statuiert; zu den Wirtschaftsberichten siehe 1968 FTC Annual Report, pp. 75-101, und Stanley E. Boyle, Economic Reports and the FTC, 50 Years of Experience, 24 Fed. B.J. 489-509 (1964)

Die Richtlinienplanung ergibt sich aus sect. 6 (f) FTCA, Robert Cushmann, The Independent Regulatory Commissions, p. 727 (1941): "Government ought to know where it is going and how it expects to get there". "This is planning"

Die Newlands Bill 82. und die Clayton Bill 83. enthielten vier wesentliche Befugnisse:

- (1) Unterstützung des Justizministeriums bei der Abfassung von Auflösungsurteilen (" divestiture decrees ")
- (2) Anforderungen von Berichten von Gesellschaften bestimmter Größenordnung im jährlichen Turnus
- (3) Untersuchungsbefugnisse hinsichtlich bestimmter Verstöße gegen die Antitrustgesetze und diesbezügliche Berichterstattung an den Attorney General
- (4) Berichterstattung an Präsident und Kongreß über mögliche neue Antitrustgesetzgebung 84.

In der dann erfolgten Ausstattung der neuen Behörde mit Regelungsbefugnissen in Form von Unterlassungsverfügungen 85. gegen ungesetzliches Verhalten (" cease and desist orders ") lag die größte Abweichung vom Konzept Wilson's der von staatlicher Regelung und Kontrolle freien Wirtschaft:

" if we are to rely on the theory of competition to protect the public of large corporations, it is imperative that the government shall see

82. siehe Anm. 64.

83. siehe Anm. 66.

84. Eugene R. Baker, Daniel J. Baum, siehe Anm. 69., p. 526

85. sect. 5 (b) (5) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45

to it that competition is on fair and equal terms ... unless the Commission is to have some power to regulate competition it would seem hardly worthwhile to abolish the Bureau of Corporations " 86.

Die Wahl der Alternative der Unterlassungsverfügung war eine Kompromißlösung zwischen den früheren und strikteren Gesetzesvorlagen des Jahres 1911, die eine Registrierung aller Gesellschaften und eine Löschung dieser Registrierung bei Gebrauch unfairer Wettbewerbshandlungen forderten 87. und der Vorstellung von der künftigen FTC lediglich als schwache Untersuchungsbehörde in Adjunctstellung zum Justizministerium und den Staatsanwaltschaften.

Die Befugnis der zu ergründenden Behörde zum Erlaß von Unterlassungsverfügungen war bereits in der Stevens - Bill 88. vorgesehen gewesen und wurde schließlich in das verabschiedete Gesetz übernommen. Die Unterlassungsverfügungen als Sanktionen durften ausschließlich ein Verbot ungesetzlichen Verhaltens für die Zukunft aussprechen, jedoch keinerlei rückwirkender Strafcharakter tragen 89. Eine überaus wirksame Beschränkung der mit Erlaß von Verfügungen verbundenen Eingriffs-

86. H. Rep. No. 533, Part 2, pp. 1-2, 63rd Cong. 2nd Sess. (1914)

87. S. 2941, 47 Cong. Rec. 26.2444, 62nd Cong. 1st Sess.(1911)
S. 2941, 47 Cong. Rec. 26.1920, 62nd Cong. 1st Sess.(1911)

88. siehe Anm. 66.

89. siehe hierzu Freer, FTC Procedure and Practice, 8 Geo. Washington L. Rev. 330-331, (1939-1940)

verwaltung lag darin, daß die FTC ihre eigenen Anordnungen nicht selbst vollstrecken konnte. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen konnten nur nach gerichtlicher Bestätigung stattfinden 90. Um einerseits die Nachteile der durch die Einführung der Generalklausel wieder zweifelhaft gewordenen Rechtssicherheit zu mildern und andererseits die behördliche Eingriffsbefugnis als "ultima ratio" rechtfertigen zu können, wurde erwogen, der FTC auch die Funktion der Beratung von einzelnen Unternehmen über die Gesetzmäßigkeit zukünftigen Verhaltens zuzuweisen 91.

Durchgesetzt hat sich bei Erlass des Gesetzes dann doch die Auffassung, daß die geplante Leitfunktion der FTC auch durch den Erlass von Unterlassungsverfügungen mit dem oben genannten begrenzten Wirkungsradius wahrgenommen werden könne 92. Eine spezielle Kodifikation unterblieb aus diesem Grunde.

-
90. Notes, Voluntary Compliance, an Adjunct to the Mandatary Process, 38 Ind. L. J., 377, 379 (1963). Die FTC mußte früher das Gericht wegen eines Verstoßes gegen eine Unterlassungsverfügung im Wege des "contempt of court proceeding" angehen, FTC v. Hoboken White Lead & Color Works, 67 F 2nd 551, 2nd Circ. 1933. Heute zieht ein Verstoß gegen eine Geldbuße von \$ 5000 nach sich, siehe sect. 5 (1) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45
91. Gerard C. Henderson, siehe Anm. 7. pp. 71-77
92. Note, Effective Guidance through Cease and Desist Orders - The TV Commercial, 38 Ind. L.J. 442, 447-450 (1963)

Diese schon bei Gesetzeserlaß gegebene Unsicherheit über den zweckmäßigsten Durchsetzungsmodus zieht sich durch die gesamte Geschichte der FTC und resultierte in einem ständigen Wechsel des Schwergewichts der Tätigkeit von Durchsetzung im streitigen Verfahren und industrieweit versuchter Kooperation auf freiwilliger Basis ohne Eingriffscharakter 93. Die Problematik schlägt sich heute vor allem in der Frage der Zweckmäßigkeit der Verfolgung von Einzelunternehmen im streitigen Verfahren nieder, wenn die beanstandeten Praktiken industrieweit sind 94.

3. Kapitel

Kurze Darstellung der wesentlichen Funktionen der FTC

Der Federal Trade Commission Act trat am 26.9.1914 95. vor dem Clayton Act vom 15.10.1914 96. in Kraft.

Durch ihn wurde die Federal Trade Commission als eine von der übrigen Administrative unabhängige, wirtschaftsregelnde Behörde des Bundes errichtet.

-
93. Paul Dixon, The FTC - The First Fifty Years, 24 ABA Antitrust Section, 29, 33 (1964); FTC Annual Report p.1: Vorrang der freiwilligen Kooperation; Philip Elman, The FTC and the Administrative Process, 8 Antitrust Bulletin 607, 611 (1962)
94. Tait, Equitable Treatment of Competitors, CCH Antitrust Law Symp. 75, 76 (1960); Notes, siehe Anm. 90. pp. 381-384
95. Public Law No. 203, 63rd Cong. (1914)
96. Public Law No. 211, 63rd Cong. (1914)

Soweit die Regelungsgewalt nicht aufgrund Gesetzes von anderen Behörden ausgeübt wird, besteht Zuständigkeit der FTC über sämtliche Industriezweige 97.

1. Gesetzliche Grundlagen der Tätigkeit der FTC
Neben dem FTCA finden sich weitere Befugnisnormen in Gesetzen, die primär aus Gründen des Wirtschaftschutzes und sekundär aus Gründen des Verbraucherschutzes erlassen wurden, wie z.B. der Wool Products Labeling Act von 1939 98., der Fur Products Labeling Act von 1951 99., der Textile Fiber Identification Act von 1958 100. und der Lanham Trade Mark Act von 1946 101. Folgende Gesetze sind dagegen reine Verbraucherschutzgesetze: der Flammable Fabrics Act von 1953 102., der Fair Packaging and Labeling Act von 1966 103., der Truth in Lending Act von 1969 104., der Federal Cigarette Labeling and Advertising Act von 1965 105. und der Packers

-
97. Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 93.3 (d) pp. 470-473 (3rd ed. 1970)
 98. 15 U.S.C. sect. 68-68 j
 99. 15 U.S.C. sect. 69-69 j
 100. 15 U.S.C. sect. 70-70 k
 101. 15 U.S.C. sect. 1051-1072
 102. 15 U.S.C. sect. 1191-1204
 103. 15 U.S.C. sect. 1451-1461
 104. 15 U.S.C. sect. 1601-1665
 105. 15 U.S.C. sect. 1331-1339, außer Kraft seit 1969, 1969 FTC Annual Report pp. 11-12

and Stockyards Act von 1921 106., der Federal Food Drugs and Cosmetics Act von 1938 107. und der Mac Carran Ferguson Insurance Act von 1945 108.

Die FTC setzt auch die Antitrustgesetze durch; über die Generalklausel der sect. 5 (a) FTCA die Vorschriften des Sherman Acts sect. 1 109. und sect. 2 110. 111. und gemäß sect. 11 (a) (b) Clayton Act direkt die Vorschriften sect. 2 112., sect. 3 113., sect. 7 114. und sect. 8 115., wie auch den Trade Export Act 116.

2. Durchführung der Regelungsgewalt

Die FTC hat innerhalb des ihr übertragenen Aufgabenbereichs die Stellung einer unabhängigen Behörde. Die gesetzlich gewährleistete Unabhängigkeit bedeutet eine fehlende Unterordnung unter die Exekutivgewalt des Präsidenten und eine Eigenstellung gegenüber den unter dieser Exekutivgewalt stehenden Ministerien 117.

106. 7 U.S.C. 181-229

107. 21 U.S.C. 301

108. 15 U.S.C. 1011-1016

109. 15 U.S.C. sect. 1

110. 15 U.S.C. sect. 2

111. siehe hierzu S.

112. 15 U.S.C. sect. 13

113. 15 U.S.C. sect. 14

114. 15 U.S.C. sect. 18

115. 15 U.S.C. sect. 19

116. 15 U.S.C. sect. 61-65

117. 15 U.S.C. sect. 1, sect. 41

Die vorgesehene behördliche Unabhängigkeit entpuppt sich bei genauerer Betrachtung als Mythos, siehe hierzu Everette Mac Intyre, The Status of Regulatory Independence, 29 Fed. B.J. 1-20 (1969).

Die Durchsetzung des materiellen Mandats mit dem Ziel der Verhütung und Unterbindung von Gesetzesverstößen erfolgt als Verwaltung und im wesentlichen in Form des Verwaltungsverfahrens gem. sect. 5 (a) (6) FTCA 118.:

" the commission is hereby empowered and directed to prevent persons and partnerships or corporations ... from using unfair methods of competition in commerce and unfair or deceptive acts or practices in commerce " 119.

Nach amerikanischer Auffassung handelt es sich jedoch nicht um ein reines Verwaltungsverfahren, sondern um eine Funktionenkombination, die Merkmale aller drei staatlichen Gewalten enthält 120.

Wegen ihrer Zuordnung zu einer auch nicht zum Bereich der sonstigen Administrative gehörigen Behörde werden diese jeweiligen Teilbefugnisse als " quasi " - " judiziell " bzw. " quasi " - " le-

118. Gegenwärtig steht im Mittelpunkt des Interesses die Interventionsbefugnis von Interessengruppen oder sonstiger Privatpersonen ohne Parteistellung, siehe Ernest Gellhorn, Public Participation in Administrative Proceedings, 81 Yale L.J. 359-388 (1971) sowie Edgar S. and Jean Camper Cahn, the New Sovereign Immunity, 81 Harv. L.Rev. 929, 972, 976-977 (1968). Die FTC bejaht die Interventionsbefugnis Dritter unter bestimmten Voraussetzungen, siehe hierzu § 19.261 Campbell Soup.Co., Dkt. C - 1741, 5/25/70; § 19.373 Firestone Tire & Rubber Co., Dkt. 8818, opinion and order granting limited intervention, 10/26/70; § 19.915 American General Insurance Co., Dkt. 8847, order dismissing appeal, 3/10/72.

119. 15 U.S.C. sect. 45

120. Friendly, a Look at the Federal Administrative Agencies, 60 Col.L.Rev. 429, 441 (1960)

gislativ " bezeichnet 121. Die staatsrechtliche Hilfskonstruktion der FTC als " verlängerter Arm des Kongresses " ("servant of Congress ") 122. erleichterte die Abkehr vom Prinzip der Gewaltenteilung.

Der nicht konkretisierte und vage gesetzliche Standard bedingt einen weiten Beurteilungsspielraum, der nach amerikanischer Auffassung im Wege der Gesetzgebung hätte ausgefüllt werden müssen

123. In den innerhalb der Entscheidungen der FTC hervorgebrachten Rechtsgrundsätzen liegt deshalb die Ausübung quasi - legislativer Gewalt 124.

Darüber hinaus hat die FTC ohne eigentliche gesetzliche Grundlage hierzu (sect. 6 (g) FTCA ermächtigt lediglich zum Erlaß von Ausführungsvorschriften) kürzlich auch Verwaltungsverordnungen mit Gesetzeskraft, also gesetzestretende Verordnungen, erlassen ("trade regulation rules") 125. Diese Usurpation echter legislativer Gewalt wurde zunächst im Rahmen einer Berufung in einer gerichtlichen Entscheidung zurückgewiesen, anschließend aber dann doch bestätigt 126.

121. Robert Cushman, siehe Anm. 81.p.8: " quasi is a confession of vagueness "

122. siehe Senator Newlands, Anm. 52.

123. Robert A. Riegert, siehe Anm.50., S. 48 - 51

124. siehe hierzu Hermann Isay, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, S. 61,68,1933 : auch hier wird die Auffassung vertreten, daß bei Ausfüllung des § 1 UWG richterliche Normbildung vorliege.

125. § 1.12 Organization, Procedure and Rules of Practice, Part I, Subpart B (1970)

126. § 74.575 National Petroleum Refiners Ass'n v. FTC, 1973 Trade Cases, D.C. Circ. 1973

Im formellen Verwaltungsverfahren hat die FTC die Befugnis zum Erlaß von Unterlassungsverfügungen, die dem Beklagten für die Zukunft gebieten, eine bestimmte Handlung zu unterlassen ("cease and desist orders") 127. Dieser Eingriff beinhaltet nach amerikanischer Auffassung die Ausübung rechtsprechender Gewalt durch eine Behörde, somit quasi - judizieller Befugnisse 128.

Innerhalb des zwar formellen, jedoch nicht streitigen Verwaltungsverfahrens erfolgt die Einholung einer Anerkenntnisverfügung ("consent order") 129. oder einer vor Klageerhebung im Rahmen einer vergleichsweisen Einigung abgegebenen Zusicherung eines zukünftigen Beklagten, die beanstandete Handlung zu unterlassen ("assurance of voluntary discontinuance") 130.

Als rein administrative Tätigkeit ist die Beratung von Unternehmen im Einzelfall ("advisory opinion") 131. 132. und der Erlass von industrieweit geltenden Verwaltungsanordnungen ohne Gesetzeskraft ("guides" und "trade practice"

-
127. Note, The FTC and the Reform of the Administrative Process, 62 Col.L.Rev. 671, 685-696 (1962); Martin F. Connor, FTC Procedure, Revisions - a Critique, 7 Vill.L. Rev. 359-388 (1962)
128. Robert A. Riegert, siehe Anm. 50. S. 51-56
129. §§ 2.31-2.35 RoP (Anm. 125) Part II, Subpart B
130. § 2.21 RoP (Anm. 125) Part II, Subpart B
131. § 1.3 RoP (Anm. 125) Part I, Subpart A
132. Bezüglich des Für und Wider dieses Verfahrens siehe Heinrich Kronstein, Joachim J. Volhard, Brandeis before the FTC in 1915, Should Advisory Opinions be Given?, 24 Fed. B.J. 609-621 (1964).

conference rules ") 133. 134. zu charakterisieren, wodurch die Leitidee der Bekämpfung von Gesetzesverletzungen auf der Basis freiwilliger Kooperation 135. weitergeführt wurde und wird. In den Rahmen rein administrativer Aufgaben fällt auch die kürzlich seitens der FTC forcierte Verbrauchererziehung durch Information. Grundlage und Voraussetzung einer wirksamen Regelungsgewalt sind die der FTC eingeräumten Investigationsbefugnisse. Die FTC kann die geschäftlichen Verhältnisse möglicher zukünftiger Beklagter überprüfen 136. und Geschäftsberichte anfordern 137. Immer wieder im Kreuzfeuer verfassungsrechtlicher Grundsatzfragen steht die Befugnis der FTC, sich Zutritt zu im Gewahrsam von Beklagten stehendem Beweismaterial zu verschaffen (" access power ") 138. und die Vorlage von Beweismaterial unter Strafandrohung zu erzwingen (" subpoena power ") 139.

133. § 1.5 RoP (Anm. 125) Part I, Subpart A.

134. siehe hierzu Massel, The Regulatory Process, 26 Law and Contemporary Problems 181, 189 (1961); Kiteile & Mostow, A Review of the Trade Practice Conference Rules of the FTC, 8 Geo. Wash. L.Rev. 427 (1940) sowie Notes Anm. 90 pp. 386-394

135. siehe S. 16

136. sect. 6 (a), 15 U.S.C. sect. 46

137. sect. 6 (b), 15 U.S.C. sect. 46

138. sect. 9, 15 U.S.C. sect. 49, siehe hierzu auch Pollack, Precomplaint Investigation by the FTC, 14 Chi. Bar Record 379,384 (1964) sowie James R. Withrow, Jr., Investigatory Powers of the FTC, Constitutional and Statutory Limitations, 24 Fed. B.J. 456-488 (1964)

139. siehe Anm. 138

Die FTC ist ferner für die ihr Ressort betreffende Richtlinienplanung (" policy planning ") zuständig 140. 141.

3. Kurzer Überblick über die Organisation der FTC

Die Behördenspitze der FTC besteht aus fünf Commissioners, die vom Präsidenten 142. berufen werden, dies auf Vorschlag und mit Zustimmung des Senats 143.

Dem Präsidenten steht seit 1950 144. die Befugnis zu, den Vorsitzenden zu bestimmen 145.

Die Amtszeit der Commissioner beträgt sieben Jah-

-
140. Diese Aufgabe ergibt sich aus sect. 6 (f) FTCA, wonach die FTC gesammelte Informationen zu verwerten und zu veröffentlichen hat und auf dieser Grundlage Gesetzesvorschläge einbringen kann, 15 U.S.C. sect. 46
141. Die Unzulänglichkeit der FTC in diesem Bereich ist Gegenstand ständiger Kritik, siehe Commission on Independent Regulatory Commissions 155 (1949), ("Hoover Task Force"); John M. Blair, Planning for Competition, 64 Col.L.Rev. 524, 527 (1964); Report of the ABA Commission to Study the FTC, p. 77 (1969)
142. Eine Abberufung eines Commissioners wegen abweichender politischer Auffassungen ist unzulässig, Humphrey's Ex'r v. U.St., 295 US 602, 629, 1935
143. sect. 1 FTCA, 15 U.S.C., sect. 41
144. Bis 1950 wählten die Commissioner den Vorsitzenden aus ihren eigenen Reihen.
145. Reorganization Plan No. 8, 5 U.S.C. § 133 z - 15 (1964)

re 146. 147. Nicht mehr als drei Commissioner dürfen der gleichen Partei angehören 148.

Die FTC hat ihren Sitz in Washington, D.C. 149. und weitere Zweitbehörden in allen Einzelstaaten 150.

-
146. Die Verlängerung der Dienstzeit über die Amtsperiode eines Präsidenten hinaus war als Ausgleich für die meist auf politischen Gründen beruhende Einsetzung durch den Präsidenten gedacht, siehe hierzu Everette Mac Intyre, Joachim J. Volhard, The FTC, XI Boston College Industrial and Commercial L.Rev. 723, 739 (1970)
147. Indirekte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Behörde stehen dem Präsidenten durch die Etatbewilligung seitens ihm unterstellter Ausschüsse zur Verfügung. Als gesetzliche Grundlagen siehe den Budget and Accounting Act von 1921, 31 U.S.C. § 1 et sequ. (1964) sowie den Federal Reports Act von 1942, 5 U.S.C. § 139 (1964)
148. sect. 1 FTCA, 15 U.S.C. sect. 41
149. sect. 3 FTCA, 15 U.S.C. sect. 43
150. siehe hierzu § 95 58 CCH Trade Regulation Reporter

II. TEIL

DIE VON DER FTC AUSGEHENDE ENTWICKLUNG DES WETT¹
BEWERBSRECHTS - DIE SPRUCHPRAXIS UND RECHTSPRE¹
CHUNG ZUR GENERALKLAUSEL SECT. 5 (a) FTCA

" Unfair methods of competition in commerce
and unfair or deceptive acts and practices
are hereby declared unlawful " 1.

Der übergeordnete Gedanke und Zweck lag bei Er-
laß des Gesetzes zugleich in der Erhaltung der
Freiheit für und im Schutz der verschiedenen
wirtschaftlichen Kräfte:

" The concept of " unfair methods of competition"
is an affirmance of a belief in a system. It is
no condemnation of particular practices. In our
society conflicting self- interests have been
used as a bridge to economic progress. But there
is inherent in our system a type of capitalistic
dialectic - a point in time must come when one
economic force may threaten to injure or destroy
another. It was to be and is the function of
the FTC under sect. 5 to step in at that mo-
ment " 2.

Inwieweit die FTC von diesem weitgehenden Spielraum
der Interessenabwägung Gebrauch gemacht hat, soll
die folgender Erörterung zur Entwicklung der Gene-
ralklausel zeigen.

1. 15 U.S.C. sect. 45

2. Eugene R. Baker, Daniel J. Baum, Sect. 5 of the FTCA,
a Continuing Process of Redefinition, 7 Vill.L.Rev.
517, 535 (1962)

4. Kapitel

Die Konkretisierung der Generalklausel bis zum Jahr 1938

In der ursprünglichen Fassung des FTCA hatte die Generalklausel bis zum Jahre 1938 folgenden Wortlaut:

" Unfair methods of competition in commerce are hereby declared unlawful ".

Innerhalb dieses Zeitraums bahnten sich bereits grundlegende Richtungsänderungen vom intendierten Gesetzeszweck an, über deren Festlegung jedoch noch nicht endgültig entschieden wurde.

Hierbei spielten die Gerichte als Berufungs- bzw. Revisionsinstanzen gegen die Entscheidungen der FTC naturgemäß eine große Rolle bei der Gestaltung im einzelnen.

1. Die grundsätzliche Einbeziehung der common law torts in den Geltungsbereich der Generalklausel

In der Entscheidung FTC v. Gratz 3. wurde grundsätzlich der gesamte Bereich des common law of torts in den Geltungsbereich der Generalklausel einbezogen, dieser jedoch gleichzeitig auf die nach common law bekannten und schon damals als ungesetzlich angesehenen Handlungen beschränkt 4.

3. 253 US 421, 1920

4. Notes, Developments in the Law, Deceptive Advertising, 80 Harv.L.Rev. 1005, 1020 (1967)

Dies bedeutete Beschränkung in der Anwendbarkeit auf einen Präzedenzfall (" precedent ") und somit Abhängigkeit der Ungesetzlichkeit von der vorangegangenen Entscheidung eines Gerichts 5.

Die Berücksichtigung eines ethischen Minimumgehalts 6. innerhalb der common law torts wurde als Kriterium der Ungesetzlichkeit in die Generalklausel übernommen, wobei dessen Grundlagen spezifiziert wurden: Verstoß gegen Grundsätze der Moral, wie sie von der Allgemeinheit geteilt werden 7.:

" The words " unfair competition " are clearly inapplicable to practices never heretofore regarded as opposed to good morals because characterized by deception, bad faith, fraud or oppression " 8.

Der Begriff " unfair methods of competition " war noch nicht als " ethisch gefärbter Rechtsbegriff " zu charakterisieren 9., sondern als tatsächliche Bezugnahme auf geltende Moralanschauungen 10.

-
5. siehe hierzu Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, pp. 50-55 (1963)
 6. Das frühere common law enthielt z.T. sogar amoralische Grundsätze, siehe hierzu Ames, Law & Morals, 22 Harv. L. Rev. 97, 102-105 (1908)
 7. Anders im deutschen Recht, siehe Gerhard Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 191-196, 1970
 8. siehe Anm.3 , no. 427-428
 9. siehe Gerhard Schricker, Anm.7 , S. 197
 10. Curtis Publishing Co. v. FTC, 270 Fed. 881, 908, 3rd Circ. 1921: "application by the law of moral standards to the actions of man"; aff' 260 US 568, 1923

Rechtlicher und ethischer Verbotsbereich stimmten überein 11.

Verstöße gegen Konventionalnormen, die ausschließlich Wohlverhalten unter Geschäftsleuten zu regeln bestimmt sind, konnten unter dieser Interpretation der Generalklausel behördlich nicht verfolgt werden 12.

Die Gewichte zwischen der Regelung des Verhaltens von Geschäftsleuten und Schutz von deren Wettbewerbsfreiheit waren dem engen materiellen Auslegungsmodus 13. entsprechend auch eindeutig zugunsten der letzteren verteilt.

-
11. De Garay, What is Law? 16 Notre Dame Lawy., 261, 263 (1941); Callman, Unfair Competition and Trademarks, § 7.1, pp. 127-128 (2nd ed. 1950)
 12. Die Differenzierung zwischen Gesetzesverletzung und Verstoß gegen Konventionalnormen verdeutlichen die von der FTC in den Trade Practice Conference Rules aufgestellten Wettbewerbsregeln. Die sogen. "Group I rules" enthalten Klassifizierungen von Gesetzesverstößen, die "Group II rules" undurchsetzbare, nur erwünschte Verhaltensregeln, 16 CFR, Part 17, sect. 3, 4 (1970). Auch aus dem Grund, weil er Regelung i.S. der Beachtung von Konventionalnormen enthielt, und den Verstoß zur "unfair method of competition" erklärte, wurde der National Recovery Act (15 U.S.C.A. § 703, 1933) aufgehoben, Milton Handler, Unfair Competition, XXI Iowa L.Rev. 175, 256 (1936)
 13. Eine vollständige Lähmung der behördlichen Auslegungsbefugnis hätte die Auffassung des Supreme Court in der bereits genannten Entscheidung FTC v. Gratz bedeutet. Danach sollte die Auslegung des Begriffs "unfair methods of competition" eine den Gerichten zur letztlichen Entscheidung überlassene Rechtsfrage ("question of law") sein: "The words 'unfair methods of competition' are not defined by statute and their exact meaning is in dispute. It is for the courts, not the commission, ultimately to determine, as a matter of law, what they include", no. 427-428

2. Die anschließende theoretische Loslösung vom common law

Die bisherige Bindung an das common law wurde mit der Entscheidung FTC v. R.F. Keppel Bros. Inc. 14. beseitigt. Damit war der Weg zu einer pragmatischen Auslegung der Generalklausel geöffnet 15.:

" We cannot say that the Commission's jurisdiction extends only to those types of practices which happen to have been litigated before this court. Neither the language nor the history of the Act suggests, that Congress intended to confine the forbidden practices to unyielding and fixed categories " 16.

In der genannten Entscheidung wurden neue Maßstäbe für die Auslegung der Generalklausel gesetzt: Es wurden Handlungen für ungesetzlich erklärt, die zwar nicht ausdrücklich in den Strafgesetzen oder nach common law verboten waren, jedoch deren Verbotsgedanken noch unterzuordnen waren (" penumbra-theory ").

Die Ungesetzlichkeit muß danach aus einem Verstoß gegen die " public policy " herrühren, wie sie sich in Verfassung, Gesetzen oder Präjudizien ausdrückt 17.

Gemeint ist damit generell ein Widerspruch zu den Grundsätzen des öffentlichen Wohls, ohne Berücksichtigung der sonstigen Legalität oder Moralbe-

14. 291 US 304, 1934

15. Hector, The Regulatory Agencies and the Pragmatic Approach
Sterling Lecture, Yale Law School, pp. 5-7 (April 1960)

16. siehe Anm. 14, no. 309-310

17. Brown v. American Express Rye Co., 128 S.Ct. 428

ziehung einer Handlung 18. mit der Folge eines möglichen Schadens für die Allgemeinheit oder sonstige staatliche Interessen 19. Neben den Verstößen gegen die von staatlicher Festsetzung abhängigen Grundsätze des öffentlichen Wohls sind aber auch solche Handlungen ungesetzlich, die von der Allgemeinheit verurteilt werden.

Eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch Verbot unethischer Handlungen, denen bisher dieser Charakter noch nicht beigegeben war, durfte jedoch auch weiterhin nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung stattfinden 20.

Die grundsätzliche Vorrangigkeit der Wettbewerbsfreiheit mußte etwa dann zurücktreten, wenn die Praktiken besonders schutzwürdige Personen betrafen 21. oder zu einem Wettbewerbsvorsprung führten 22.

Die umfassende Würdigung einer bestimmten Werbemethode in der Keppel-Entscheidung zeigt das mögliche Nebeneinanderbestehen selbständiger Verbotsgründe und ihre mögliche gegenseitige Ergänzung. Den jeweils für diese Interessenabwägung maßgeblichen Faktoren hat die FTC im Lauf der weiteren Entwicklung allerdings ganz verschiedenartiges Gewicht beigemessen.

18. Blacks Law Dictionary, p. 1317 (1968); siehe dazu auch Konstantin Simitis, Gute Sitten und ordre public, S. 143-147, 1962; H.J. Abraham, Die Doktrin der public policy, AcP 150, 25 ff.

19. Workmen's Comp. Bd. v. Abbott, 47 A.L.R. 789, 793, 1925

20. siehe Anm. 14, no. 314

21. siehe Anm. 14, no. 313

22. siehe Anm. 14, no. 313

3. Die ersten Fälle täuschender Werbung und das Problem der Wettbewerbsbezogenheit des FTCA

a. Täuschende Werbung als "unfair method of competition"

Durch den Erlass von Unterlassungsverfügungen bereits in den ersten Jahren ihrer Tätigkeit 23. ordnete die FTC die täuschende Werbung den im Rahmen der Generalklausel ungesetzlichen Handlungen zu.

Größere Schwierigkeiten, sowohl vom Gesetzeszweck als auch vom Wortlaut der Vorschrift her gesehen, bot dagegen die Frage, ob mit der Generalklausel eine Art ethischer Imperativ schlechthin, ohne Rücksicht auf die wettbewerblichen Auswirkungen täuschender Werbung aufgestellt werden sollte.

In den frühesten Entscheidungen über täuschende Werbung erfolgte seitens der FTC so gut wie keine konkrete Untersuchung über die Auswirkungen der ungesetzlichen Handlung auf die Wettbewerbsposition von Mitbewerbern 24. Die Gerichte nahmen jedoch zu der angesprochenen Grundproblematik unterschiedliche Standpunkte ein.

In der Entscheidung Sears, Roebuck & Co. v. FTC 25. wurde vom Nachweis eines unmittelbaren Scha-

-
23. Goldin Bros. 1 FTC 538, 1916; ... Theo Abbott & Co., 1 FTC 16, 19, 1916; Circle Cilk Co., 1 FTC 13, 15, 1916
24. siehe dazu Everette Mac Intyre, Theodor von Brand, Unfair Methods of Competition as an Evolving Concept, Pre-
lude to Consumerism, 44 St. John's L.Rev. 597, 605, (1970)
25. 258 Fed. 307, 7th Circ. 1919, hier war jedoch die Auswirkung auf die Wettbewerbsposition offensichtlich.

dens eines Mitbewerbers abgesehen und ausgesprochen, daß schon die Wahrscheinlichkeit auch nur eines mittelbaren Schadens durch Täuschung von Verbrauchern genügen könne 26.

Im Fall FTC v. Winsted Hosiery Co. 27. wurde entgegen der Entscheidung des Berufungsgerichts 28. vom Supreme Court die zum Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen der Wettbewerbsbezogenheit ausreichende Vermutung der Beeinträchtigung von Mitbewerbern mit dem sicheren Wettbewerbsvorsprung, den die Hersteller, die sich täuschender Werbung bedienen, vor ihren gesetzestreuen Konkurrenten erzielen, begründet.

Im Gegensatz dazu hielten andere Berufungsgerichte - insbesondere im Fall Chicago Portrait Co. v. FTC 29. - die Funktion der Generalklausel als Ergänzung der Antitrustgesetze für eine ausschließliche und wiesen Klagen der FTC einschließlich der Unterlassungsverfügungen zurück 30.

26. siehe Anm. 25, p. 311

27. 258 US 483, 1922.

Die Entscheidung wurde als "Magna Charta der Wahrheit in der Werbung für Industrie und Verbraucher" bezeichnet, Ely, *The Work of the FTC*, 7 Wisc. L.Rev. 195, 209 (1932)

28. 272 Fed. 957, 961, 2nd Circ. 1921: "consientous manufacturers may prefer not to use a label which is capable of misleading and it may be that it will be desirable to prevent the use of the particular label, but it is, in our opinion, not within the province of the FTC"

29. 4 F 759, 7th Circ. 1925

30. *Ohio Leather Co. v. FTC*, 45 F 2nd 39, 42, 6th Circ. 1930? "There is no jurisdiction in the Commission to make an order of this kind unless there is a legitimate trade which equitable deserves protection ... in order not to restrain the trade of fair and legitimate competitors"; *Berkey & Gay Furniture Co. v. FTC*, 42 F 2nd 427, 6th Circ. 1930; *Raladam Co. v. FTC*, 42 F 2nd 430, 6th Circ. 1930

Eine vorläufige Entscheidung fiel mit dem dictum des Supreme Court in FTC v. Raladam Co. 31.: Sect. 5 (a) erfaßte danach nur ungesetzliche Handlungen, die wegen der Beschränkung des Wettbewerbs möglicherweise zum Monopol führen konnten. Der Nachweis des Schadens eines einzelnen Mitbewerbers wurde jedoch auch vom Supreme Court nicht gefordert.

b. Das Verhältnis von Verbraucher- und Mitbewerberschutz

Wenn auch die Entscheidung FTC v. Raladam Co. vom materiellen Gehalt her keine große Abweichung gegenüber der Entscheidungsreihe brachte, die eine Loslösung vom Erfordernis der Wettbewerbsbezogenheit des FTCA schon vollzogen hatte, war jedoch mit ihr implizit über die Schutzrichtung des FTCA befunden worden. Schutzgegenstand des Gesetzes blieb die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und der Wettbewerb als solcher. Der indirekt bewirkte Schutz des Publikums ist lediglich ein Annex des vorrangigen Mitbewerberschutzes und Wettbewerbschutzes 32. 33.

4. Das Verhältnis spezieller Vorschriften der Antitrustgesetze zur Generalklausel

31. 283 US 643, 1931

32. so schon FTC v. Elme, 23 F 2nd 615, 621, 2nd Circ., cert. den. 277 US 598, 1928

33. zur anderen Gestaltung im deutschen Recht siehe Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Einl. UWG Anm. 37-39

a. Die Einbeziehung der Vorschriften der Antitrust-gesetze in die Generalklausel

Das Verhältnis der Generalklausel zu den Antitrust-gesetzen wurde frühzeitig dahin geklärt, daß Verletzungen des Sherman Acts " unfair methods of competition " im Rahmen des sect. 5 (a) FTCA darstellen und von der FTC, gestützt auf diese Vorschrift, verfolgt werden können 34.

Die schon zuvor zitierte Entscheidung FTC v. Gratz 35. prägte nicht nur die Entwicklung der Generalklausel im Hinblick auf den Umfang des Mitbewerberschutzes wesentlich, sondern auch deren Verhältnis zu den Antitrustgesetzen.

Von nachhaltigem Effekt war, daß die sogen. "private trader" -Doktrin 36. - das Recht jedes Gewerbetreibenden, über die Wahl des Vertragspartners den Vertriebsweg der Ware zu bestimmen - über die Begründung der Entscheidung Eingang in die Generalklausel fand.

Der Supreme Court stützte seine Entscheidung der Aufhebung der Unterlassungsverfügung der FTC 37. auf

34. FTC v. Beech-Nut Packaging Co., 257 US 441, 453, 1921

35. 253 US 421, 1920

36. Richard K. Decker, Unfair Competition and the FTC, 24 FBJ 513, 516 (1964)

37. Warren, Jones & Gratz besaßen die Alleinvertriebsrechte für Stahlbänder einer Gesellschaft, die zum Verpacken von Baumwolle notwendig waren. Gleichzeitig war ihnen aber auch das Alleinvertriebsrecht für Verpackungsmaterial aus Jute von einer anderen Gesellschaft eingeräumt worden. Die die Stahlbänder herstellende Gesellschaft hatte eine Monopolstellung inne, aufgrund deren Warren, Jones & Gratz sämtliche Käufer von Juteverpackungsmaterial zur Abnahme von der von ihnen repräsentierten zweiten Gesellschaft zwingen konnten.

die Entscheidungen US. v. Colgate & Co. 38. und US. v. Schraders Son, Inc. 39., die Ausdruck dieser Doktrin geworden sind.

b. Die allmähliche Loslösung von den speziellen Tatbeständen der Antitrustgesetze

Schon in der Entscheidung FTC v. Beech-Nut Packaging Co. 40. wurde der Sherman Act nur als Hilfsmittel, das die Zweckrichtung der Generalklausel anzeigen sollte, bezeichnet.

Eine nicht unter sect. 1 Sherman Act fallende Absprache wurde als Verstoß gegen sect. 5 (a) FTCA gewertet, da Identität des Zwecks und der Wirkung im Sinn der ausdrücklich gesetzlich verbotenen Handlung gegeben war 41. Diese Theorie der Identität des Zwecks und der Wirkung wurde weiterhin als Maßstab für ein Verbot gem. sect. 5 (a) FTCA herangezogen.

In den nachfolgenden Entscheidungen FTC v. Sinclair Refining Co. 42. und FTC v. Curtis Publishing Co. 43. wird festgestellt, daß Identität des Zwecks und der Wirkung jedenfalls dann nicht zur Untersagung führen, wenn die Handlung aus dem tatbestandlich umgrenzten Verbotsrahmen des Antitrustgesetzes herausfällt.

38. 250 US 300, 1919

39. 252 US 85, 1920

40. siehe Anm. 34

41. "the specific facts found show suppression of the freedom of competition by methods on which the company secures the cooperation of its distributors and customers which are quite as effectual as agreements ... intended to accomplish the same purpose" p. 455

42. 261 US 463, 1923

43. 260 US 568, 1923

Der theoretische Grundstein für die Auslegung der Generalklausel als antitrustrechtlicher Auf-
fangtatbestand wurde, abgeleitet aus dem Gesetzes-
zweck, mit der Entscheidung FTC v. Raladam Co. 44.
und der darin enthaltenen Theorie der Bekämpfung
der Monopolbildung in den Anfangsstadien (" inci-
piency theory ") gelegt. Diese Entscheidung be-
faßte sich mit täuschender Werbung für ein Schlank-
heitsmittel und ermöglichte, weil nicht mit der ge-
forderten Identität des Zwecks und der Wirkung mit
einer in den Antitrustgesetzen verbotenen Handlung
belastet, eine weite Öffnung der Generalklausel:

" ... the object of the FTCA was to stop in
their incipency those methods of competition
which fall within the meaning of the term un-
fair 45.
... the best way to stop monopoly at the
threshold was to prevent unfair competition " 46.

Die weiten Möglichkeiten dieser Interpretation in
antitrustrechtlicher Hinsicht haben freilich erst
spätere Entscheidungen auszuschöpfen begonnen.

c. Das Verhältnis von Mitbewerberschutz und Schutz des
Wettbewerbs als solchem

Die aus den Gesetzesmaterialien entlehnte Theorie
der Bekämpfung von Monopolgewalt in den Anfangs-
stadien als Gesetzeszweck des FTCA ließ dieser
Differenzierung nicht viel Raum und erübrigte

44. 283 US 643, 1931

45. no. 647-648

46. no. 650.

sie 47. Jede Handlung, die möglicherweise zur Verdrängung oder Vernichtung eines Mitbewerbers führen kann, führt auch möglicherweise zur Monopolbildung.

Im Bereich der antitrustrechtlichen Orientierung der Generalklausel führte, im Hinblick auf die hier fehlenden ethischen und moralischen Maßstäbe und den Vorrang der Wettbewerbsfreiheit, die Einbeziehung des Schutzes auch des einzelnen Mitbewerbers nicht zum Mitbewerberschutz auf Kosten des Wettbewerbsschutzes 48.

5. Die Konkretisierung der Zuständigkeitsvoraussetzung des öffentlichen Interesses bis 1938

Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses (" public interest ") an der Rechtsverfolgung ist Zuständigkeitsvoraussetzung für ein Einschreiten der FTC 49.

a. Die Beziehung zum Schutz privater Rechte

Die FTC war nicht als Ersatz der common law-Gerichte gedacht gewesen, vor denen private, subjektive Rechte verfolgt werden konnten 50.

-
47. Abgesehen von den Vorschriften der Antitrustgesetze, die ausdrücklich eine Wettbewerbsbeschränkung als solche forderten.
48. siehe zur deutschen Rechtslage Ernst Steindorff, Die guten Sitten als Wettbewerbsbeschränkung in *Summum ius - summa iniuria*, S. 59, 1963
49. sect. 5 (b) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45 (b)
50. "prevents the Commission from becoming a clearing house to settle the everyday quarrels of competitors free from detriment to the public which should be adjusted through the ordinary processes of the courts", 51 Cong.Rep.14930 (1914)

Für die Beziehung der Rechtsverfolgung im öffentlichen Interesse zu den subjektiven, privaten Rechten gilt, daß auch an ihrem Schutz ein öffentliches Interesse bestehen kann 51., umgekehrt jedoch kein subjektives privates Recht verletzt zu sein braucht 52. Die behördliche Verfolgung nach den Vorschriften des FTCA ist immer dann unzulässig, wenn ausschließlich subjektive, private Rechte durch eine ungesetzliche Handlung verletzt sind 53.

b. Voraussetzungen des Vorliegens eines öffentlichen Interesses

Das öffentliche Interesse muß bestimmt und wesentlich (" specific and substantial ") sein 54. Schon in der Entscheidung Royal Milling Co. v. FTC 55. erfolgte ein Versuch, diesen theoretischen Anforderungen Gehalt zu geben: Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wettbewerbs, flagrante Unterdrückung der Schwächeren durch Stärkere sowie ein wenn auch beim einzelnen Geschädigten geringfügiger Schaden, der durch Akkumulierung in allen Schadensfällen ein erhebliches Ausmaß erreicht, zeigen das Vorliegen

-
51. Callmann, *Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, § 94. 3 (c) p. 461, (3rd ed. 1970)
52. *FTC v. Klesner*, 280 US 19, 27, 1929;
FTC v. Winsted Hosiery Co., 258 US 483, 493, 1922
53. *FTC v. Klesner*, siehe Anm. 52, no. 28 ("passing-off");
Flynn & Emmerich Co. v. FTC, 52 F 2nd 836, 838, 4th Circ. 1931
54. *FTC v. Klesner*, siehe Anm. 52, no. 28
55. 58 F 2nd 581, 6th Circ. 1932, *cert. den.* 288 US 212, 1933

eines öffentlichen Interesses an 56.

Nicht ausreichend ist lediglich ein allgemeines Interesse an der Achtung der privaten Rechte 57.

6. Zusammenfassung der bis 1938 aus der Generalklausel abzuleitenden Grundsätze

a. Schutzrichtung des Gesetzes

Der Verbraucherschutz wird implizit über den Mitbewerberschutz verwirklicht, so insbesondere im Bereich der täuschenden Werbung. Die Keppel-Entscheidung und der in ihr zum Ausdruck gekommene Gedanke des Schutzes eines besonders schutzwürdigen Personenkreises führt nicht zur Anerkennung eines direkten Verbraucherschutzes, sondern stellt sich als Kriterium der Interessenabwägung gegenüber der grundsätzlich vorrangigen Wettbewerbsfreiheit dar.

Im Vordergrund steht der Mitbewerberschutz sowie der Schutz des Wettbewerbs als solcher.

Im Bereich der ungesetzlichen Handlungen, die dem common law entlehnt sind und keine Beziehung zu speziellen Vorschriften haben, ist maßgeblich der direkte Mitbewerberschutz, wobei das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbezogenheit auf den theoretischen Nachweis des Bestehens eines Wettbewerbs überhaupt beschränkt ist.

Im Bereich der ungesetzlichen Handlungen, die der Verbotszone der Antitrustgesetze zuzuordnen sind,

56. siehe Anm. 55, p. 583

57. FTC v. Klesner, siehe Anm. 52, no. 30

bewegt sich die Entwicklung auf ein Ineinanderfließen der nicht strikt getrennten Schutzgüter zu und beschränkt sich auf die Feststellung eines nur graduellen Unterschieds der Wettbewerbsverletzung.

Der Schutz der Allgemeinheit als selbständiger Schutzzweck des Gesetzes ist nicht verwirklicht. Wahrgenommen wird er indirekt über die Durchsetzung der Antitrustgesetze 58. Im Gegensatz zur Anerkennung eines Interesses der Allgemeinheit am Schutz des Wettbewerbs wird ein Interesse an der Lauterkeit des Wettbewerbs nicht bejaht 59. Der indirekte Schutz der Allgemeinheit drückt sich weiter in der Ungesetzlichkeit der gegen das Gemeinwohl verstoßenden Handlungen sowie in der Berücksichtigung der Auffassungen der Allgemeinheit beim Urteil über die Ungesetzlichkeit einer Handlung aus.

b. Kurze Zusammenfassung des Inhalts und der Beurteilungsmaßstäbe

Der Kern des Mitbewerberschutzes liegt in der Einbeziehung der common law torts in die Generalklausel wie auch in der Untersagung täuschender Werbung. Von geringerer Bedeutung erweist sich der Schutz der Mitbewerber vor Verstößen gegen die public policy oder vor von der Allgemeinheit ver-

58. Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 94.3 (c), p. 463 (3rd ed. 1970)

59. FTC v. Raladam Co., 283 US 643, 647-648, 1931;
International Shoe Corp. v. FTC, 280 US 291, 1930

urteilten Handlungen.

Mitbewerberschutz und Wettbewerbsschutz liegen im Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nach dem Sherman and Clayton Act sowie in dessen Ausdehnung auf Verhalten, das, ohne nach diesen Vorschriften ausdrücklich untersagt zu sein, im Ergebnis den gleichen Zweck und gleiche Wirkung hat.

5. Kapitel

Wesentliche Ausprägungen der Generalklausel nach 1938

1. Statuierung einer Verbraucher-Policy durch das Wheeler-Lea-Amendment von 1938
- a. Gleichrangigkeit des Verbraucher- und Mitbewerberschutzes

Eine entscheidende Änderung und eine Beendigung der bisherigen Unsicherheit über den Gesetzeszweck, was insbes. den Bereich der täuschenden Werbung anbetraf, war die Folge des Erlasses des Wheeler-Lea-Amendments zum FTCA von 1938 60.

-
60. Neben der Erweiterung der Generalklausel traten weitere, wichtige Gesetzesänderungen in Kraft, die der verstärkten Durchsetzung der FTC-Befugnisse dienen sollten:
 - (1) sect. 12 FTCA, 15 U.S.C. sect. 52, Werbung bez. Lebensmitteln, medizinischen Präparaten und Vorrichtungen sowie Kosmetikartikeln gehört zur Zuständigkeit der FTC, siehe dazu Earl W. Kintner, FTC Regulation of Food, Drug and Cosmetic Advertising, Business Lawyer, p. 8, (Nov. 1960)
 - (2) Eine Geldbuße von höchstens \$ 5,000.- für jeden Verstoß gegen eine rechtskräftige Unterlassungsverfügung kann angeordnet werden, sect. 5 (1)FTCA, 15 U.S. sect. 45
 - (3) sect. 14 FTCA, 15 U.S.C. sect. 54, Strafverfolgung bez. täuschender Werbung bez. Lebensmitteln, medizinischen Vorrichtungen und Präparaten und Kosmetikartikeln, wenn betrügerische Absicht und gesundheitsgefährlich.
 - (4) sect. 13 FTCA, 15 U.S.C. sect. 53, Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung für den Bereich täuschender Werbung gem. sect. 12, 13 FTCA

Die Generalklausel des sect. 5 (a) FTCA wurde erweitert:

" unfair methods of competition in commerce and unfair or deceptive acts and practices in commerce are hereby declared unlawful " 61.

Mit dieser Änderung waren die formellen Hindernisse einer Verbraucherschutzpolitik beseitigt, sie war nicht mehr an eine Beeinträchtigung von Mitbewerbern gekettet. Der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal " of competition " im erweiterten Teil der Vorschrift war eine gesetzgeberische Korrektur der Entscheidung des Supreme Court in FTC v. Raladam Co. 62.:

" the consumer is of equal concern before the law with the merchant or manufacturer injured by the unfair methods of a dishonest competitor " 63.

Damit war die Verschiebung der indirekten Wahrnehmung von Verbraucherinteressen durch Schutz der Wettbewerbsbedingungen zum unmittelbaren Verbraucherschutz als Ziel des Gesetzes vollzogen.

b. Die Entwicklung der Verbraucherrechte aus der erweiterten Generalklausel mit Geltung für das Gebiet der täuschenden Werbung

Nach gesetzlicher Statuierung des unmittelbaren

61. siehe hierzu schon S. 36 - 37

62. siehe S. 42 - 44; die FTC argumentierte auch ganz richtig, daß sie bei Anwendung der Raladam-Entscheidung dann machtlos sei, wenn das Unternehmen ein Monopol habe oder wenn alle Mitbewerber die gleichen ungesetzlichen Handlungen anwandten.

63. H.R. Rep. No. 1613, 75th Cong. 1st Sess. p. 3 (1937)

Verbraucherschutzes begannen sich die entscheidenden Verbraucherrechte, z.T. im Ansatz schon früher vorhanden, zu manifestieren und auszuprägen. Im Verbot täuschender Werbung sah die FTC das Hauptziel des Verbraucherschutzes 64.

Die wesentlichen Verbraucherrechte sind das Recht vor Täuschung auch des unterdurchschnittlich intelligenten Verbrauchers 65., das Recht auf eigene Wahl 66., ein begrenztes Recht auf Information 67., das Recht auf Schutz vor physischem Schaden 68. und Schutz vor wesentlicher Beeinträchtigung der Vertragsinteressen 69.

2. Maßstäbe der Interpretation der erweiterten Generalklausel

Der Vorteil, den der Erlaß des Wheeler-Lea-Amendments als definitive Entscheidung über den Schutz auch des Verbrauchers bot, hatte freilich eine Folge, die durch die nun konkretere Fassung des

-
64. Moore, Deceptive Trade Practices and the FTC, 28 Tenn. L.Rev. 493, 503 (1960); Earl W. Kintner, FTC Regulation of Advertising, 64 Mich.L.Rev. 1274-1275 (1966)
65. FTC v. Standard Education Society, 302 US 112, 116, 1937
66. Algoma Lumber Co. v. FTC, 291 US 67, 78, 1934
67. J.B. Williams Co. v. FTC, 1967 Supplem. S. & C. 524, 530-532, 6th Circ. 1967
68. siehe S. 164. Siehe zu den vier vorangehenden Rechten auch Consumers' Protection and Interest Programs, H.R.Doc. No. 364, 87th Cong. 2nd Sess. (1962), p. 2: "the right to safety, to be informed, the right to choose and the right to be heard" (Kennedy)
69. siehe S. 165 -168; diese Tatbestände haben sich unter dem "unfair"-Prinzip entwickelt.

Gesetzestextes verursacht wurde. Die Aura von Unsicherheit, die den Begriff " unfair " umgab, insbesondere im Verhältnis zum Verbraucher, wo er bisher noch nicht getestet worden war, führte nämlich dazu, daß die FTC ihre Hauptaufmerksamkeit dem bekannteren und leichter abgrenzbaren Merkmal der Täuschung (" deceptive acts and practices ") zuwandte und der Täuschungsstandard nahezu zum ausschließlichen Kriterium der Ungesetzlichkeit im Bereich des Verbraucherschutzes avancierte.

a. Ungesetzlichkeit nur bei Täuschung (Täuschungsstandard)

Inhaltlich verwirklicht der Täuschungsstandard als Kriterium der Ungesetzlichkeit den im Ergebnis bereits in der an sich engen Gratz-Entscheidung 70. als Teilelement statuierten Unrechtstatbestand der Täuschung.

Durch die Aufgabe des Erfordernisses eines wesentlichen, bestimmbaren oder wenigstens meßbaren Schadens 71. ist im Lauf der Zeit eine Verwässerung dieses ethischen Minimumgehaltes eingetreten. Allmählich konnten deshalb so subtile Formen der Täuschung erfaßt werden, daß der Rahmen, der von der Ethik her gesehen an die Werbung gestellt werden konnte, völlig gesprengt wurde.

Den eigentlichen Anwendungsbereich des Täuschungsstandards hat die FTC auch dadurch verlassen, daß

70. siehe S. 38

71. siehe hierzu ausführlich bei den Ausführungen zum erforderlichen Schaden , S. 213 - 217

sie unter ihn Handlungen einbezog, deren Unrechtsgehalt weit über eine Täuschung hinausging 72.

Das Übel der Erfassung von nicht in den Verbotsbereich einer unzulässigen Irreführung fallenden Handlungen liegt nicht so sehr in der konstruktiven Ungeeignetheit des Standards der Ungesetzlichkeit als solchem, sondern in dessen - von der FTC gegenüber einem Totalverbot einer täuschenden Behauptung favorisierter - alternativer Rechtsfolge der Qualifizierung täuschender Werbung durch aufklärende Zusätze als Korrektur der erfolgten Gesetzesverletzung 73.

In vielen Teilbereichen der gegen Verbraucher gerichteten ungesetzlichen Handlungen, in denen durch Aufklärung über die Folgen unerwünschter Praktiken kaum geholfen werden kann 74., verhindert die bisherige Handhabung gerade die Effektivität des propagierten Verbraucherschutzes. Als deutliches Beispiel kann das Vorgehen der FTC in den sogen. " open housing cases " dienen. In diesen Fällen schritt die FTC gegen Werbung, in der bei Vermietung von Wohnraum nicht darauf hingewiesen wurde, daß kinderreiche Familien und Neger nicht berücksichtigt werden, in der Form ein, daß in die Werbung ein Zusatz über

-
72. siehe hierzu ausführlich bei den Ausführungen zum erforderlichen Schaden, S. 216 - 217
73. siehe hierzu die Ausführungen über aufklärende Zusätze ("affirmative disclosure") S. 165 - 168
74. siehe hierzu auch Everette Mac Intyre, T. von Brand, Anm. I 53, pp. 618 - 619

den Ausschluß der genannten Personengruppen als potentielle Mieter aufgenommen werden mußte 75.

Auch wenn die Befugnis der FTC zur Lösung von Sozialproblemen ohne Zusammenhang zu Fragen der Regelung des Warenverkehrs nicht uneingeschränkt bejaht werden kann 76., zeigt sich deutlich, daß das mit der Eröffnung der Verfahren bezweckte Ziel der Unterbindung diskriminierender Vermietung von Wohnraum nicht erreicht werden konnte.

Die Schwäche der durch die Anknüpfung an den engen und einseitigen Standard der Ungesetzlichkeit aufgrund einer erfolgten Irreführung bedingten Eingriffsmöglichkeiten manifestiert sich auch in der bis kürzlich beibehaltenen Spruchpraxis der FTC. Die weit verbreitete Praktik von Verkäufern, bei Kreditgeschäften von den jeweiligen Käufern unterzeichnete Schuldurkunden in der Weise an Dritte zu übertragen, daß dem Käufer gegenüber dem Erwerber sämtliche Einwendungen, die bei Vertragsabschluß gegenüber dem Verkäufer gegenüber bestanden hatten, verloren gehen, wird mit dem meist wenig

75. § 18.122 First Buckingham Community, Dkt. 8750, 11/30/67; die Klage wurde letztlich deshalb abgewiesen, weil keine Gefahr der Wiederaufnahme der ungesetzlichen Handlungen ersichtlich war, § 18.357, 5/20/68.

76. Bedenken gegen die Tätigkeit der FTC finden sich in der Entscheidung First Buckingham Community § 18.357, 5/20/68, separate statement der Commissioner Dixon und Mac Intyre.

Vor der Entscheidung der FTC war der Civil Rights Act von 1968 erlassen worden, der jegliche Diskriminierung verbietet, so daß sich die Lösung des Problems durch die FTC erübrigte.

beachteten Zusatz über diese Rechtsfolge bekämpft 77. 78.

Der Verbraucher ist meist trotz Kenntnis des drohenden Rechtsverlusts zum Kreditkauf gezwungen oder macht sich nicht die entsprechenden Vorstellungen von der Tragweite der Folgen. Eine völlige Untersagung solcher Praktiken ist wohl als einzig wirksame Waffe gegen die Ausnutzung der Verbraucher zu bezeichnen.

Die hinsichtlich der Erfassung ungesetzlicher Handlungen gegebene Flexibilität des Täuschungsstandards 79. hat es nicht verhindern können, daß er ein starrer, administrativer Standard geblieben ist. Die FTC hat es nicht verstanden, ihn mit Leben in Form der Feststellung eines Verbraucherverständnisses oder der Feststellung der tatsächlichen Bedeutung einer Werbebehauptung zu erfüllen. Verantwortlich für dieses Ergebnis ist der im Jahre 1922 begründete und in der Entscheidung der FTC v. Algoma Lumber Co. 80. verdeutlichte Grundsatz, daß die behördliche Feststellung ausreichend ist, daß

-
77. Gilmore, The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase, 63 Yale L.J. 1057, 1093-1102 (1954)
 78. Kripke, Consumer Credit Regulation, a Credit Oriented Viewpoint, 68 Col.L.Rev. 445, 472 (1968); § 18.882 Household Sewing Machine, Dkt. 8761, 8/6/69; § 18.740 All State Industries of North Carolina, Inc., Dkt. 8738, 4/1/69; neuerdings versucht die FTC einen zweckmäßigeren, wenn auch konstruktiv im Nebel liegenden Umweg über die Bestimmung des Vertragsinhalts in Form der Bindung des Dritten an den geschlossenen Vertrag, siehe S.448 - 449
 79. Gaylord A. Jentz, Federal Regulation of Advertising, American Business L.J. 409, 416 (1968)
 80. 291 US 69, 81, 1934

eine Werbebehauptung Täuschungsgefahr in sich birgt (" capacity to deceive ")

" ... there is a kind of fraud ... in clinging to a benefit, which is the product of misrepresentation, however, innocently made..... They must extricate themselves from it, by purging their business methods of a capacity to deceive "

Die Simplität des Begriffspaares Täuschung - Wahrheitsgehalt (" truth ") einer Behauptung bewirkte eine auf der einen Seite bequemen Automatismus der Ungesetzlichkeit, auf der anderen Seite ein Versagen gegenüber subtileren Formen der potentiell als ungesetzlich zu erfassenden Werbung 81.

Der Täuschungsstandard ist im Lauf der Entwicklung weitgehend immun von Einflüssen sozialer und wirtschaftlicher Art oder im Handelsverkehr vorherrschender Gepflogenheiten geblieben:

-
81. Kritisch hierzu Richard W. Pollay, Deceptive Advertising and the Consumer Behaviour, a Case for Legislative and Judicial Reform, 17 Kans.L.Rev. 625, 628 (1969); Völlig unberücksichtigt bleiben besonders motivierende Einflüsse der Werbung wie Farbe, Form, Druck, Größe, verbreitendes Medium; soziale Faktoren wie Rasse und Geschlecht; oder persönlichkeitsgebundene Faktoren, siehe hierzu M. Creelman, The Experimental Investigation of Meaning, a Review of the Literature (1966); Hersteller und Werbewelt wenden sich gerade der Ausnutzung solcher Faktoren zu, siehe Phillips & Duncan, Marketing Principles and Methods, pp. 64-89 (3rd ed. 1956). Die FTC hat sich erst kürzlich mit diesem Problembereich zu beschäftigen begonnen, Hearings on Advertising Practices, Statement of Chairman Miles Kirckpatrick, Hearings before a Subcommittee of the Committee on Appropriations, 92nd Cong. 2nd Sess. 1972

" ... unless many problems dealt with by administrative the deceptiveness of an advertisement is seldom determined by complex analysis of technological considerations, and economic forces ... the FTC has generally based its decisions on analysis that might have been employed by a common law court dealing with alleged misrepresentation not emphasizing the possible, social, economic or commercial evils of the particular practice attacked " 82.

Soweit er nicht offensichtliche Verletzungshandlungen erfaßt, stellt sich der Täuschungsstandard 83. als illusionärer Standard der Ungesetzlichkeit dar.

Die Nachteile sind jedoch durch gezielte Steuerung des behördlichen Auswahlermessens hinsichtlich der zu verfolgenden ungesetzlichen Handlungen korrigierbar und auch zum Teil mit Erfolg ausgeglichen worden.

b. Ungesetzlichkeit nach dem Unfair-Prinzip

Die Zuständigkeit der FTC aus dem weiteren Tatbestandsmerkmal " unfair acts and practices " der erweiterten Generalklausel scheint erst in den letzten Jahren wahrgenommen worden zu sein und ist nun in Bewegung geraten.

aa. Die Weiterentwicklung der Keppel-Doktrin 84.

82. Siehe Notes, Developments in the Law, Anm. 4 p. 1039

83. Siehe Stern, Review of Findings of Administrators, Judges and Juries, 58 Harv.L.Rev. 70, 93 (1944): Ungesetzlichkeit eine revisible Frage (" question of law "), wobei der Entscheidung der Commission jedoch Gewicht beigemessen wird.

84. siehe S. 40 Anm. 14

Die Keppel-Doktrin mit ihrer Erfassung der von der Allgemeinheit verurteilten Handlungen hat als selbständiges Kriterium der Ungesetzlichkeit über Jahre hinaus so gut wie keinen Anwendungsbereich gefunden 85. Der Grund hierfür liegt wohl in der Ungeeignetheit des moralisch gefärbten Begriffs 86.

Die Beeinträchtigung der Interessen als besonders schutzwürdig erachteter Personenkreise fand lediglich bei der Berücksichtigung des Adressatenkreises der täuschenden Werbung in den letzten Jahren verstärkt Ausdruck 87. Auch ist die Ungesetzlichkeit einer Handlung aufgrund eines Verstoßes gegen die " public policy " nicht zum Tragen gekommen, obwohl sich hier im Hinblick auf bestimmte Praktiken die Gesetzeswidrigkeit besonders leicht hätte begründen lassen 88. Die " public policy " darf jedoch als Richtschnur des die Generalklausel wesentlich bestimmenden behördlichen

-
85. Mit Ausnahme des Verbots von Glücksspielen, die in dieser Entscheidung verboten wurden, siehe dazu ausführlich bei Glücksspielen S.407
86. Bertrand N. Bauer, Truth in Lending, College Students Opinions of Caveat Emptor, Fraud and Deception, pp. 156-162 (1966), es wird hier gezeigt, daß selbst unlautere Handlungen zur Beurteilung als ungesetzlich, nicht aber als amoralisch führen.
87. Siehe ausführlicher bei Adressatenkreis der Werbung, S. 135
88. z.B. bei übertragbaren Schuldurkunden, Note, A Case Study of the Impact of Consumer Legislation, the Elimination of Negotiability and the Cooling-Off Period, 78 Yale L.J. 618, 632 (1969)

Auswählermessens nicht unterschätzt werden 89.

Eine vorsichtige Auswahl und Kombination der jeweiligen Kriterien der Keppel-Doktrin hätte, ohne die vorher aufgezeigten Schwierigkeiten in den Rechtsfolgen, zur Erfassung all der Handlungen führen können, die die FTC unter den bevorzugten Täuschungsstandard gepreßt hat 90.

bb. Die Ankündigung einer umfassenden Interessenabwägung

Mit dem Höhepunkt der Verbraucherwelle 1968 und wachsender Kritik am Täuschungsstandard als Instrument dieses forcierten Verbraucherschutzes 91. ging die FTC, auf Gesetzesmaterialien zum Wheeler-Lea-Amendment gestützt 92., daran, das Prinzip der Unfairness aus dem Dornröschenschlaf

-
89. 1969 FTC Annual Report, pp. 12-14, Hauptproblembereiche aufgezählt; siehe auch die Consumer Protection Hearings, FTC 1968; Report of the ABA Commission to Study the FTC, pp. 49-51 (1969)
90. Everette Mac Intyre, Joachim Volhard, The FTC, XI Boston College Industrial and Commercial L.Rev. 723, 776 (1970)
91. Eigene Untersuchungen der FTC aus diesen Jahren: FTC, Economic Report on Food Chain Selling Practices in the District of Columbia (1969); FTC, National Consumer Protection Hearings (1968); FTC, Economic Report on Installment Credit Practices and Retail Sales Practices of District of Columbia Retailers (1968); FTC, Report on District of Columbia Consumer Protection Program (1968). Einen Druck übten auch die steigenden Verbrauchererwartungen aus, siehe Richard L.D. Morse, A Consumer's View of FTC Regulation of Advertising, 17 Kans.L.Rev. 639, 642 (1969)
92. "the test of illegality under sect. 5 had to be amended, ... to stop the exploitation and deception of the public", H.R. Rep. No. 1613, 75th Cong. 1st Sess. 3 (1937)

zu wecken 93. Innerhalb dieses Standards der Unfairness beginnt sich nun die lange in der Spruchpraxis der FTC vermißte 94. Interessenabwägung anzubahnen.

In der Entscheidung Pfizer Inc. 95. beurteilte die FTC positive Behauptungen über die Wirkungsweise eines Sonnenschutzmittels ohne Durchführung wissenschaftlicher Tests als Nachweis für die Richtigkeit der Behauptungen als "unfair":

" an unfair analysis will take into account many basic economic facts and considerations and will permit a broad focus in the examination of marketing practices. Unfairness is potentially a dynamic analytical tool capable of a progressive, evolving application which can keep pace with a rapidly changing economy"96.

" the consumer is entitled as a matter of market place fairness to rely upon a manufacturer to have a reasonable basis for making performance claims ... weighing the minimal cost and burden on vendors by requiring that there be a reasonable basis for affirmative product claims against economic losses to consumers which fairly can be ascribed to advertising lacking such reasonable basis, it is likewise clear, that economic fairness requires that this obligation be imposed on vendors " 97.

93. FTC v. R.F. Keppel Bros. (Anm. 14) und Wolf v. FTC, 135 F 2nd 564, 7th Circ. 1943, stellen die einzigen Entscheidungen dar, in denen die Ungesetzlichkeit allein mit dem Tatbestandsmerkmal "unfair" begründet wurde.

94. George Alexander, Federal Regulation of False Advertising, 17 Kans.L.Rev. 573, 575 (1969)

95. Dkt. 8819, 7/11/72; abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, The FTC in Action, Program Materials, B 7 - 3548 PLI, pp. 229-256 (1972)

96. p. 237

97. p. 239

Interessenabwägung beschränkt sich jedoch nicht nur auf eine Kosten - Nutzen - Analyse, sondern berücksichtigt auch die Marktstellung der Beteiligten.

In der Entscheidung All-State Industries of North-Carolina 98. wurde die bereits erwähnte Praktik der Übertragung von Schuldurkunden auf Dritte unter Einwendungsverlust für den Käufer auch unter dem Gesichtspunkt der Unfairness gewürdigt:

" he, (the buyer) stands in a wholly unequal relation to the seller, who may defer, evade or seek to mitigate his responsibilities under the contract while the buyer remains indebted to a third party for the amount of his purchase " 99.

Die einzelnen Kriterien der Interessenabwägung, abgesehen von den bereits angesprochenen, werden sich erst im Lauf einer künftigen Spruchpraxis ergeben 100. und maßgeblich vom jeweiligen Sachverhalt, insbesondere der Art der Behauptung, des Produkts und des Schadens bestimmt werden:

" ... unfairness in 1972 is as fresh a doctrine

98. § 18.740, Dkt. 8738, 4/1/69, 423 F 2nd 423, 425, 4th Circ. 1970, wert. den. 400 US 828, 1970

99. siehe Anm. 98 , § 18.740 Trade Regulation Reporter at 21.706

100. Die FTC hat nun endlich auch die Werbung mit gesundheitsschädlichen Mitteln auf die passende gesetzliche Grundlage gestellt, siehe § 19.607 Chemway Corp., Dkt. C - 1945, 5/3/71: Werbung für gesundheitsgefährdende Produkte ist "unfair".

as was restraint of trade in 1890 " 101.

Die grundsätzliche Richtung dieser Interessenabwägung läuft angesichts der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und des neuerlichen unmittelbaren Anlasses der Verbraucherbewegung (" consumerism ") auf einen Vorrang des Schutzes der Konsumenten hinaus:

" ... a method of competition fair among equals may be very unfair, if applied, where there is inequality of resources ... " 102.

Schon heute kann die Prognose gestellt werden, daß der FTC die Lösung des Begriffs " unfair " von seiner Abhängigkeit vom Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung und Bindung an die Unwerturteile der Allgemeinheit 103. sowie von der staatlich bereits vorgezeichneten Ungesetzlichkeit wegen Verstoßes gegen die " public policy " gelingen wird. Die Umwandlung einer von Moral und Gesetz geprägten

-
101. Robert Pitofsky, Developing Concept of Unfairness under Sect. 5, in Edwin S. Rockefeller, Jerrold van Cise, The FTC in Action, Corporate Law and Practice, B 4 - 3547 PLI, p. 125 (1972).

Inhaltliche Übereinstimmung mit dem deutschen Begriff "unlauter" ist nicht gegeben, siehe hierzu Gustav Schwartz, Anm. I.28 ,S. 346. Zur Durchführung der Interessenabwägung im deutschen Recht siehe Alfons Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb, S. 114-128, 1963

102. Zitat aus dem bekannten dissent des Richters Brandeis FTC v. Gratz, 243 US 421, 431, 1920
103. siehe auch FTC v. Standard Education Society, 86 F 2nd 692, 696, 2nd Circ. 1936: "those unexpressed standards of fair dealing which the conscience of the community will progressively develop"

Norm in einen flexiblen Rechtsbegriff beginnt 104.

cc. Ungesetzlichkeit bei Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit

In der jüngst ergangenen Entscheidung FTC v. Sperry & Hutchinson 105. untersagte die FTC dem größten Rabattmarkenhersteller der USA, Sperry & Hutchinson, der die Rabattmarken an Einzelhandelsgeschäfte weiterverkaufte und dann die von den Kunden dieser Einzelhandelsgeschäfte vollgeklebten Bücher gegen kostenlose Waren zu bestimmtem Wert einlöste, sogen. "Rabattmarkenbörsen", die der besseren Austauschmöglichkeit für Verbraucher im Hinblick auf verschiedene Sorten von Rabattmarken gegründet worden waren, in dieser Tätigkeit zu behindern.

Der Supreme Court entschied, daß die FTC ohne Rücksicht auf eine erfolgte Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch Handlungen untersagen kann, die Rechtsgüter der Allgemeinheit ("public values") verletzen.

Die FTC hatte ihre Unterlassungsverfügung ursprünglich auf einen Verstoß gegen die in den Antitrustgesetzen zum Ausdruck gekommenen Verbotszwecke gestützt und die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen erst in der Revisionsinstanz vorgetragen. Diese prozessual unzulässige Nachschiebung von Gründen endete mit einer Zurückverweisung ohne

104. siehe hierzu Roscoe Pound, Law & State, Jurisprudence & Politics, 57 Harv. L.Rev. 1193, 1209 (1944).

105. § 73.861 Trade Cases, 3/1/72

Entscheidung über die materiellrechtlichen Streitpunkte.

Die große Bedeutung der Entscheidung für die Entwicklung der Generalklausel liegt darin, daß nach einer Ära vollkommener Nachgiebigkeit der Gerichte gegenüber den behördlichen Interpretationen der Wind umgeschlagen zu haben scheint und tragende Gründe für eine Unterlassungsverfügung verlangt werden:

" the orderly functioning of the process of review requires that the grounds upon which the administrative agency acted be clearly disclosed and adequately sustained " 106.

3. Das Stagnieren des Mitbewerberschutzes

Die mit dem Erlaß des Wheeler - Lea Amendments angekündigte Gleichstellung der Interessen der Ver-

106. FTC v. Sperry & Hutchinson, siehe Anm. 105. at 91.613 in der die Entscheidung SEC v. Chenery Corp. Corp., 318 US 80, 94. 1943, zitiert wurde.

Die weiteren Zitate des Gerichts geben Aufschluß darüber, daß sich die Erkenntnis Bahn gebrochen hat, daß auch mit besonderer Fachkenntnis ausgestattete Behörden die Entscheidungsgrundlagen im Einzelfall darlegen müssen:

" A court cannot label a practice " unfair " under sect. 5 U.S.C. sect. 45 (a) (1). It can only affirm or vacate an agency's judgement to that effect. "

" If an order is valid only as a determination of plicy or judgement which the agency alone is authorized to make and which it has not made, a judicial judgement cannot be made to do service for an administrative judgement "

Siehe hierzu allgemein Friendly, The Federal Administrative Agencies, The Need for Better Definition of Standards, 75 Harv.L.Rev. 863, 883 (1962)

braucher mit denen der Mitbewerber hat sich nur einseitig zugunsten der ersteren verwirklicht und führte seit dem Jahre 1938 zu einem Stagnieren des direkten Mitbewerberschutzes.

Im Bereich der täuschenden Werbung und sonstiger gegen den Verbraucher gerichteter ungesetzlicher Handlungen wurde der Mitbewerberschutz zum Annex des Verbraucherschutzes 107.

Über eine nennenswerte Entwicklung der zum Zeitpunkt des Erlasses des Wheeler - Lea Amendments bereits anerkannten, gegen einen Mitbewerber oder seinen Geschäftsbetrieb gerichteten unerlaubten Handlungen führte die Spruchpraxis der FTC nicht mehr hinaus 108. Ungesetzlichkeiten der genannten Art werden heute nur noch selten verfolgt.

Auch das in der Keppel - Doktrin angesprochene Element des Vorsprungs durch Rechtsbruch oder des sonstigen Wettbewerbsvorsprungs aufgrund einer ungesetzlichen Handlung ist nicht zur Entfaltung gekommen 109.

107. Hierin liegt der bedeutsame Unterschied zum deutschen Recht; siehe Baumbach - Hefermehl, Einl. zum UWG, Anm.

108. siehe hierzu auch Milton Handler, *Unfair Competition and the FTC*, 8 Geo. Wash. L.Rev. 399, 424-425 (1940)

109. siehe S. 41; im deutschen Recht wird der erforderliche Bezug auf ein Wettbewerbsverhältnis oft durch den Vorsprungsgedanken wieder hergestellt, siehe z.B. BGH, GRUR 1957, 606, 603. Die FTC verwendet den Vorsprungsgedanken bei schwacher Kausalität zwischen Werbebehaftung und Kaufentschluß, siehe S. 197

Allein die Verletzung von Verbraucherinteressen begründet die Ungesetzlichkeit mit der Maßgabe, daß der Mitbewerberschutz keine Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen verursachen darf 110.

Von der neuerlich im Rahmen des Prinzips der Unfairness eingeführten Interessenabwägung ist zwar eine stärkere Berücksichtigung der Interessen von Mitbewerbern, nicht jedoch eine Renaissance des direkten Mitbewerberschutzes zu erwarten 111.

4. Die Anerkennung der Eigengesetzlichkeit der Generalklausel gegenüber den Antitrustgesetzen

Durch einen mühsamen Auslegungsprozeß im Einzelfall vollzog sich daneben die Anerkennung der Eigengesetzlichkeit der Generalklausel gegenüber den Antitrustgesetzen.

Aus sect. 5 (a) FTCA wurden selbständige Maßstäbe der Ungesetzlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens entwickelt, wobei die im Sherman Act und Clayton Act einschließlich seiner Ergänzung durch den Robinson Patman Act niedergelegten Gesetzeszwecke nur mehr als Richtlinie Verwendung finden.

In dem Fall FTC v. Sperry & Hutchinson 112. hatte das Berufungsgericht die Unterlassungsverfügung der FTC aufgehoben, weil es im Verhalten des be-

110. Millinery Creator's Guild Inc. v. FTC, 109 F 2nd 175, 177, 2nd Circ. 1940

111. Die Verwirklichung erfolgt im amerikanischen Recht im wesentlichen über die Antitrustgesetze.

112. siehe Anm. 105

klagten Unternehmens keinen Verstoß gegen ein Schutzgut der Antitrustgesetze sah 113. Im anschließenden Revisionsverfahren verwarf der Supreme Court jedoch diese in vorsichtigen Bemühungen geschaffenen Grenzen der Auslegung und löste die Generalklausel vollkommen von den Antitrustgesetzen zugunsten der Berücksichtigung anderer Rechtsgüter der Allgemeinheit, auch wenn diese keinen Ausdruck in den Gesetzen gefunden hatten:

" ... the FTC does not arrogate excessive powers to itself, if in measuring a practice against the exclusive, but congressionally mandated standard of fairness, it, like a court of equity, considers public values beyond simply those enshrined in the letter or encompassed in the spirit of the antitrust laws " 114.

Die Tragweite der Entscheidung ergibt sich aus ihrer Begründung. Abgesteckt wird ein Bereich, dessen Begrenzung einerseits die Grundsätze der Keppel-Doktrin und andererseits das Verbot eines im allgemeinen gegen Mitbewerber gerichteten Verhaltens, das gegen ein Schutzgut der Antitrustgesetze verstieß, darstellen 115. Mit ihr wurde der bestehende gesetzesfreie Raum für bisher nicht er-

113. siehe Anm. 105. at 91.607

114. siehe Anm. 105. at 91.611

115. Daß gegen Verbraucherinteressen verstoßende Handlungen an keinerlei Wettbewerbsbeeinträchtigung gebunden waren, stand seit Erlaß des Wheeler-Lea-Amendments fest. Die FTC muß nun allerdings begründen, ob sie wegen einer Verletzung von Verbraucherinteressen oder wegen einer Mitbewerber verletzenden Handlung vorgehen will, siehe S. 67

faßte, gegen Mitbewerber gerichtete Wettbewerbs-handlungen, soweit diese Rechtsgüter der Allgemeinheit verletzen, beseitigt.

Die Entscheidung des Supreme Court im Fall FTC v. Sperry & Hutchinson verschafft auch Klarheit darüber, daß die in früheren Entscheidungen aus dem Sachverhalt zu schließende wettbewerbsgefährdende Stellung der beklagten Unternehmen, auch wenn offiziell der Nachweis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht mehr gefordert wurde 116. ("anticompetitive test") 117. 118., bei der Beurteilung der Ungesetzlichkeit keine maßgebliche Rolle mehr spielt 119. Zusammenfassend ist damit festzustellen, daß sect. 5 (a) FTCA neben seiner Auffang- und Ergänzungsfunktion zu den Antitrustgesetzen wieder an Bedeutung als Mitbewerberschutz gewinnt, soweit eine Kollision der ungesetzlichen Handlung mit Rechtsgütern der Allgemeinheit gegeben ist.

Auch heute bleibt nur die schon im Jahr 1961 120.

116. siehe FTC.v. Brown Shoe Co., 1966 Supplem.S.&C., S.Ct. 1966

117. Richard K. Decker, siehe Anm. 36, p. 540: "the Supreme Court has suggested an unlimited scope, but has practised restraint"; diese Wertung ist heute nicht mehr ganz richtig.

118. Rahl, Does Sect. 5 of the FTCA Extend the Clayton Act, 5 Antitrust Bulletin, 533 (1960)

119. siehe Anm. 100

120. Milton Handler, Recent Antitrust Developments, 71 Yale L.J. 75, 93 (1961); Chesterfield S. Oppenheim, Developments in Antitrust during the Past Year, 17 ABA Antitrust Section 33, 235-236 (1961)

getroffene Feststellung übrig, daß der Anwendungsbereich der Generalklausel noch nicht ausgelotet ist.

5. Heutiges Bild der Generalklausel: Zusammenfassung der wichtigsten Kriterien der Auslegung
Der Täuschungsstandard ist im Bereich des Verbraucherschutzes noch immer fast der ausschließliche Standard der Ungesetzlichkeit ("deceptive acts and practices ").

Das Prinzip der Unfairness hat inhaltlich einen übereinstimmenden Gehalt, gleichgültig, ob sich die Handlung gegen Verbraucher, Mitbewerber oder sonstige Geschäftsleute richtet.

Soweit kein Präzedenzfall besteht, an dem die Handlung gemessen werden kann, ist sie dann ungesetzlich, wenn sie gegen die Grundsätze des Gemeinwohls, wie diese in Gesetz, Verfassung oder common law ihren Ausdruck gefunden haben, verstößt oder sie zumindest deren Verbotsgedanken zuzuordnen ist oder wegen Unterdrückung, Skrupellosigkeit oder nach allgemeiner Anschauung unethisch ist oder wenn Rechtsgüter der Allgemeinheit verletzt werden sowie dann, wenn dem Verbraucher ein wesentlicher Schaden zugefügt wird 121. Über diese Kriterien hinaus muß durch Interessenabwägung im

121. Das Merkmal des Schadens, abgesehen von physischem Schaden, ist noch als selbständiges Kriterium der Ungesetzlichkeit vollkommen undurchleuchtet, aus der Herkunft der ungesetzlichen Handlungen aus dem common law ist auf die Notwendigkeit eines Schadens zu schließen, die nur bei Täuschung aufgegeben wurde.

Einzelfall die Reichweite des Prinzips ermittelt werden. Daneben ist im Bereich der gegen Mitbewerber oder sonstige Geschäftsleute gerichteten Handlungen das Prinzip der Unfairness maßgeblich für den Fall, daß gegen Gesetzeszwecke der Antitrustgesetze verstoßen wird (" unfair methods of competition and ... unfair acts and practices ").

In Bezug auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Generalklausel " unfair methods of competition ", " unfair acts and practices ", und " deceptive acts and practices ", die jedes für sich allein eine Zuständigkeit unter verschiedenen Gesichtspunkten ermöglichen würden, ist freilich bisher eine saubere Interpretation weder gelungen noch überhaupt versucht worden. Dies ist das Ergebnis der Entwicklung fast aller ungesetzlichen Handlungen aus dem Begriff " unair methods of competition " sowie das Ergebnis der unter dem Täuschungsstandard mit dem maßgeblichen Wahrheitsgrundsatz gleichen Rechtsfolge des aufklärenden Zusatzes 122.

Klagen werden routinemäßig auch in ausschließ-

-
122. siehe dazu John H. Campbell, Cigarette Advertising: Deceptive and against Public Interest?, 17 Kansas L. Rev. 684, 692 (1969); die Öffentlichkeit war bisher auf die Gefahren des Zigarettenkonsums durch einen aufklärenden Zusatz hingewiesen worden. Vom Aspekt des öffentlichen Interesses her gesehen ist erwogen worden, Zigarettenwerbung im Fernsehen und im Rundfunk überhaupt zu verbieten, Commissioner Elman, FTC Report to Congress, § 50.174 Trade Regulation Reporter at 55.289 (1967)

lichen Fällen täuschender Werbung mit "unfair or deceptive" begründet 123. Die wurde auch beibehalten, nachdem die lange vernachlässigte Zuständigkeit aus dem Prinzip der Unfairness wieder entdeckt worden war und die Begründungen der einzelnen Entscheidungen Aufschluß darüber geben, daß die Ungesetzlichkeit primär aus diesem Kriterium hergeleitet wurde 124. Das Zitat beider Elemente soll die Doppelbedeutung mancher Handlungen verdeutlichen 125.

Mit der wachsenden Erkenntnis der bei einer Trennung der Zuständigkeiten aus den Tatbestandsmerkmalen "deceptive" und "unfair" verschiedenartig zu verwirklichenden Rechtsfolgen 126. ist freilich wohl auch eine theoretische Trennung zu erwarten.

Das Tatbestandsmerkmal "unfair methods of competition" wird hauptsächlich dann verwandt, wenn über die Generalklausel Verstöße gegen die Vorschriften der Antitrustgesetze oder deren Schutzzwecke durchgesetzt werden sollen 127. oder ein

-
123. Gerald J. Thain, What is Deception? in Edwin S. Rockefeller, Jerrold van Cise, siehe Anm. 101, p. 133: Täuschung ist auch eine "unfaire" Handlung.
 124. Pfizer Co., Inc. siehe Anm. 95
 125. § 19.980 Control Data Corp., prop. complaint, File No. 712 3517/5/2/72: täuschende Behauptungen über Berufschancen ohne jede Grundlage.
 126. § 19.607 Chemway Corp., Anm. 100, gesundheitsgefährdende Zahnbürsten, Rechtsfolge Information über Umtauschrecht in andere Zahnbürsten; die FTC ordnet in wachsendem Maß in ihren Unterlassungsverfügungen positive Handlungspflichten an, siehe Anm. V 76, womit eine vollkommene Verwischung der aus beiden Kriterien resultierenden Rechtsfolge eintritt.
 127. Fashion Originators Guild v. FTC, siehe 321. US 457, 1941, p. 463

Tatbestand untersucht wird, dessen Schwergewicht
in der Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt 128.

128. § 19.898 Kellogg & Co., proposed complaint, File No.
711 0004 1/24/72

III. TEIL

DIE BEKÄMPFUNG TÄUSCHENDER WERBUNG ALS VERWIRKLICHUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZES

6. Kapitel

Die FTC und die Probleme der Werbung als solcher

In diesem Kapitel soll das Verhältnis der FTC zur Werbung schlechthin, unabhängig von einem täuschenden Inhalt, durchleuchtet werden. Nur anhand dieser Abgrenzung kann die Spruchpraxis der FTC zur täuschenden Werbung richtig gewertet werden.

1. Ausmaß und Grenzen der Regelungsgewalt über die Werbung

a. Verfassungsrechtliche Aspekte der Werbung

Außer der Festlegung durch gesetzliche Zuständigkeitserfordernisse im FTCA selbst besteht eine bedeutsame Einschränkung des Tätigkeitsbereichs der FTC in der Bindung an verfassungsrechtliche Normen.

Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und Eigentumsrechte der Unternehmer im allgemeinen und der in den USA privaten Fernseh- und Radiostationen im besonderen, jeweils geschützt durch das 14th Amendment 1. sowie die Freiheit der Meinungsäußerung,

-
1. abgedruckt in: The Constitution of the United States of America, House Document No. 124, 90th Cong., 1st Sess. p. 14 (1967); zur Entwicklung siehe Edward L. Barrett, Jr., Constitutional Law, Cases and Materials, pp.605, 621 (1968); Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S. 284, 309, 335, 342 (1961); zur Rechtsnatur Karl Löwenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 479, 497, 1959

geschützt durch das 1st Amendment 2., bilden die äußeren Grenzen eines verfassungsrechtlichen Dreiecks, innerhalb dessen die Regelungsgewalt ausgeübt werden kann.

Die größten Probleme hierbei hat das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zur Verbreitung täuschender Werbung geschaffen und wirft sie auch weiterhin auf.

Keine Bedenken löst die ständige Spruchpraxis der FTC aus, es gebe kein verfassungsrechtlich geschätztes Recht zur Verbreitung täuschender Werbung 3.

Anlaß zu kritischen Überlegungen gibt jedoch die Begründung dieses Ergebnisses: seit der Entscheidung Valentine v. Chrestensen 4. geht die Argumentation des Supreme Court dahin, daß der Werbung generell der Schutz des 1st Amendment nicht zuteil werde, da sie keine verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäußerung darstelle:

" The Constitution imposes ... no restraint on Government as respects purely commercial advertising " 5.

-
2. Siehe Anm. 1.
 3. E.F. Drew Co. v. FTC, VII S. & C. 34, 39, 2nd Circ. 1959; Regina Corp. v. FTC, VII S. & C. 775, 781, 3rd Circ. 1963; Murray Space Shoe Co. v. FTC, VII S. & C. 480, 483, 2nd Circ. 1962
 4. 316 US 52, 1942; siehe aber die Entscheidung D.A. Cammarano v. US, 358 US 498, 513-514, 1959, die Zweifel an der Richtigkeit der h.M. äußert.
 5. siehe Anm. 5., p. 54

Neben anderen Gründen wird dieser Ausschluß des verfassungsmäßigen Schutzes ähnlich wie im deutschen Recht damit gerechtfertigt, daß die Freiheit der Meinungsäußerung vom Aspekt der notwendigen Auseinandersetzung über Angelegenheiten des öffentlichen Interesses her, nicht aber im Hinblick auf den Warenvertrieb begleitende Äußerungen gewährt worden sei 6.

Diese Differenzierung wirkt heute besonders fraglich, da in der Werbung durchaus Gesichtspunkte von allgemeinem und öffentlichem Interesse angesprochen werden können, worauf im Hinblick auf die deutsche Rechtslage bereits Peter Lerche 7. hingewiesen hat. Nach Auffassung der FTC in der Entscheidung Firestone Tire & Rubber Co. 8. kann jedoch Werbung dieser Art nicht der Charakter einer verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäußerung zuerkannt werden, weil sonst eine Umgehung und Aushöhlung ihres gesetzlichen Mandats eintreten würde.

Nach Entscheidung der FTC steht Werbung als Marktkommunikation des Herstellers mit verkaufsfördernder Absicht nicht unter dem Schutz des 1st Amendment, soweit diese dem Hersteller als Tatsachenbehauptung zugerechnet werden kann.

6. Banzhaff v. FCC, 405 F 2nd 1082, 1101-1102, D.C. Circ. 1968, cert. den. sub nom. Tobacco Institute v. FCC, US 842, 1969; siehe auch Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 Yale L.J. 877, 948-949 (1963)

7. Werbung und Verfassung, S. 76-85, 1967

8. Dkt. 8818, 8/17/71, abgedruckt siehe Anm. pp. 343-345

Demnach können Werbeaussagen auch verfassungsmäßig privilegierte Meinungsäußerungen beinhalten 9., welche sowohl vom Hersteller als auch von einem Dritten stammen können 10. Dritte, welche keinerlei kommerzielles Interesse am Vertrieb der Waren haben, stehen voll unter dem Schutz des 1st Amendment 11.

Die Werbung für eine wissenschaftliche Meinungsäußerung selbst, wie z.B. ein Buch, ist dann unzulässig, wenn der Inhalt desselben täuschend dargestellt wird 12. Werden jedoch in der Werbung falsche wissenschaftliche Meinungen und Ansichten, wie sie in dem Buch enthalten sind, verbreitet, steht offensichtlich die Befugnis der FTC zur Regelung einer verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäußerung zur Debatte. Diesem Dilemma entgeht die FTC durch die oben bereits erwähnte Forderung, daß die Werbung nicht als Tatsachenäußerung auf den Verbraucher wirken dürfte, sondern eindeutig den Charakter einer Meinungsäußerung tragen müsse 13. 14.

-
9. siehe hierzu ausführlich bei der Abgrenzung Meinungsäußerung - Tatsache, S. 180 - 181
 10. Koch v. FTC, V S. & C. 552,560, 6th Circ. 1953
 11. Scientific Mfg. Co. v. FTC, 124 F 2nd 145, 211, 6th Circ. 1941
 12. Bantam Books Inc. v. FTC, VI S. & C. 744, 2nd Circ cert. den. 394 US 819, 1960
 13. Witkover Press Inc., 57 FTC 145, 221, 1960
 14. bezüglich der Werbung für Bücher siehe Policy Statement der FTC, § 50.304, Trade Regulation Reporter

b. Soziale Aspekte der Werbung

Die traditionelle Funktion der Werbung war und ist die Beeinflussung des Käufers (" persuasion ") und dessen Veranlassung zum Kauf:

" Because in the end its success or failure - and its value to the advertiser who pays all its cost - must rest on its ability to persuade a sufficient number of prospects to do what it says or buy what it sells " 15.

" Promise, large promise is the soul of an advertisement " 16.

Diese vielfach kritisierte Auswirkung der Werbung im Hinblick auf die Weckung " unnützer " Verbraucherwünsche 17. und auf die Schaffung fragwürdiger gesellschaftlicher Werte (" false value theory "), wie z.B. Imagebestätigung durch Benutzung bestimmter Produkte, ist nach bisheriger Auffassung ein zulässiger Effekt wahrheitsgemäßer Werbung 18.

Wahrheitsgemäße, jedoch aufgrund der genannten Konsequenzen " unerwünschte " Werbung ist bisher auch noch nicht entfernt als " unfair method of competition " in den Verbotsrahmen der Generalklausel einbezogen worden. Die Überprüfung

-
15. Advertising Age, 1/15/63, p. 10
 16. Ogilvy, Confessions of an Advertising Man, p. 93 (1963); siehe auch Ford Motors Corp. v. FTC, 120 F 2nd 175, 183, 6th Circ. 1941: " advertising breaks down consumer resistance, creates consumer acceptance and develops consumer demand "
 17. John K. Galbraith, The Affluent Society, pp. 149-152 (2nd ed. 1969); Mayer, Madison Avenue USA (1958)
 18. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. pp. 1008-1009

von Werbung als " Zensur " von Verbraucherwünschen läge auch außerhalb des Mandats der FTC 19.

c. Wirtschaftliche Aspekte der Werbung

Die Weckung unnützer Verbraucherwünsche führt zu einer Produktionsverschiebung von wesentlichen Artikeln zu solchen, die lediglich aufgrund künstlich suggerierter Bedürfnisse auf den Markt gebracht werden 20. Daneben werden durch die Werbung an sich gleichartige Produkte durch das sogen. " brand image " unterschieden mit der Folge künstlicher Produktdifferenzierung 21. Bei steigenden Kosten für die Werbung tritt kein realer Wertzuwachs beim einzelnen Produkt ein 22.

Trotz der wachsenden Aufgeschlossenheit gegenüber den Verbrauchern als den letztlich Leidtragenden dieser Entwicklung sind bis heute wirtschaftliche Erwägungen dieser Art noch nicht Teil des Entscheidungsprozesses der FTC 23.

d. Monopolistische Aspekte der Werbung

Die aufgrund der Werbung entstehende Produktdifferenzierung kann bei gleichartigen Pro-

-
19. Ira M. Millstein, The FTC and Deceptive Advertising, 64 Col. L. Rev. 439, 444 (1964)
20. Siehe Anm. 18. p. 1008
21. E. Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, pp. 56-116 (7th ed. 1956)
22. Colston E. Warne, Advertising - A Critic's View, J. Mark., p. 10 (10/10/72)
23. siehe hierzu auch Jesse W. Markham, The FTC's Use of Economics, 64 Col. L. Rev. 405, 413-414 (1964)

dukten über hohe Werbeausgaben zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen 24. Der Verbraucher erkennt die Substituierbarkeit im Hinblick auf billigere oder andersartige Artikel nicht, er greift zu den extensiv geworbenen Artikeln und ermöglicht so deren Herstellern eine Kontrolle über den Preis 25.

Zur Verdeutlichung des Effekts der künstlichen Produktdifferenzierung auf die Wettbewerbsverhältnisse wurde die Kettenreaktionstheorie aufgestellt 26. :

Produktdifferenzierung im größten Umfang können die Gesellschaften betreiben, die sich die höchsten Werbeausgaben leisten können. Aufgrund dieser Produktdifferenzierung erwerben oder behalten sie einen großen Marktanteil, der Barrieren für den Eintritt neuer und den Wettbewerb be-

-
24. Brown, Advertising and the Public Interest, Legal Protection of Trade Symbols, 57 Yale L.J. 1165, 1169-1175 (1948); Treece, Protectability of Product Differentiation, Is and Ought Compared, 18 Rutgers L. Rev. 1019, 1020-1027 (1964); John K. Galbraith, The New Industrial State, pp. 33-45 (1967): Werbung kann keine Beschränkung des Wettbewerbs verursachen, da dieser der Planwirtschaft durch Konzerne gewichen ist
 25. George J. Alexander, Honesty and Competition, p.26 (1967), dargestellt am Beispiel von des preislich erheblich überhöhten Produkts " Bayer Aspirin "
 26. Alex Groner, Advertising - The Case for Competition, pp. 5-6 (1967)

stehender Firmen schafft 27., die sich hohe Werbeausgaben nicht leisten können. Im Schutz des hohen Marktanteils gelingt es den wenigen Firmen, Monopolpreise zu fordern, die wiederum die hohen Werbeausgaben decken 28.

Dieser - wenn auch nicht unbestrittenen 29. - Kettenreaktionstheorie hat sich jüngst die FTC 30. in einem Klageentwurf gegen die Kellogg Co. 31. angeschlossen und künstliche Produktdifferenzierung, wenn sie durch täuschende Werbung verursacht wurde und zu wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen in Form einer Oligopolisierung des Marktes geführt hatte, als " unfair method of competition " gemäß sect. 5 (a) FTCA beurteilt.

Die Bekämpfung der monopolistischen Wirkung der Werbung, die sich grundsätzlich im Rahmen des der FTC durch die Generalklausel erteilten Mandats hält, könnte im Endergebnis auch zu einer Regelung wahrheitsgemäßer Werbung führen 32.

-
27. J. Bain, Barriers to New Competition, p. 216 (1956)
28. Bezüglich der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung durch die Großkonzerne von den Rundfunk- und Fernsehstationen gewährten Mengenrabatte siehe Note, Antitrust Implications of Network Television Quantity Discounts, 65 Col. L. Rev. 1213, 1217-1230 (1965)
29. Jules Backmann, Advertising and Competition (1967)
30. Bezüglich der ~~d~~ssents der Commissioner Mac Intyre und Dixon siehe Anm.
31. siehe Anm. II 128.
32. siehe die Entscheidung Procter & Gamble Co., 1967 Supplem. S. & C. 439, S.Ct. 1967

e. Die Auswüchse wahrheitsgemäßer Werbung

Aufgrund der dargelegten Entwicklung der General-klausel und insbesondere der bisher nahezu ausschließlichen Maßgeblichkeit des Täuschungsstandards hat die FTC jedoch bisher hinsichtlich wahrheitsgemäßer, aber aus sonstigen Gründen unerwünschter Werbung keine Regelungsbefugnis in Anspruch genommen.

aa. Probleme der excessiven Werbung

Es findet sich keine Entscheidung, die dieses Problem auch nur anspricht. Die FTC hat bisher ihre Untätigkeit damit zu begründen vermocht, daß die Öffentlichkeit die wenn auch excessive Werbetätigkeit ohne größeren Widerstand 33. als Notwendigkeit in Kauf nehme und daher eine Untersagungsmöglichkeit nicht bestehe bzw. nicht notwendig sei, da die Betroffenen sich ohne weiteres entziehen könnten 34.

Die Zuständigkeit zur Bekämpfung excessiver Fernsehwerbung wird bei der Federal Communications Commission (FCC) gesehen 35.; Straßenwerbung solle sondergesetzlich geregelt werden 36.

33. R. Bauer & S. Greyser, Advertising in America, The Consumer's View, p. 331, 333 (1968) : Verbraucher sieht in Werbung noch immer die Hauptquelle der Information über Produkte.

34. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1026; nach amerikanischer Auffassung kein Konflikt mit dem Recht auf Privatleben (" right of privacy "), Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 3.3 pp. 41-48, (2nd ed. 1950).

35. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4 p. 1013

36. siehe Anm. 35., p. 1014

bb. Werbung, die gegen einen vorherrschenden Geschmack verstößt

Auch hier hat die FTC bisher völlige Zurückhaltung gezeigt. Soweit jene ihre Ursache darin findet, daß eine Staatsbehörde nicht Hüter des Geschmacks und sonstiger differenzierter Moralan-schauungen ist 37., ist sie nur als weise zu bezeichnen. Hat solche Werbung jedoch einen täuschen-den Tatsachenbehauptungen vergleichbaren negativen Effekt, der erheblichen Schaden nach sich ziehen kann, wird diese Haltung fraglich.

Beispielsweise warben Zigarettenhersteller mit Behauptungen, die zwar keine Täuschung beinhalten, aber angesichts der bekannt werdenden Schäden durch Zigarettenkonsum, insbesondere bei Jugendlichen, nicht als tragbar bezeichnet werden konnten:

" Lucky Strike separates the men from boys -
but not from the girls " 38.

cc. Probleme der subliminalen und emotionellen Werbung

Die Werbung ist hier, ohne die Grundlagen einer rationalen Entscheidung zu bieten, primär auf psychologische Effekte zur Erzielung von Ver-

37. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19., p. 448

38. zitiert in Notes, Development in the Law, siehe Anm. II.4., p. 1014, footnote 29; von gleichem Effekt die Werbung " Parliament gives you an extra margin " für eine Zigarettensorte, zusammen mit der Abbildung von Sturzhelmen und anderen lebensschützen-den Symbolen, die auf die besondere Ungefährlichkeit der Zigarette nur indirekt hinweisen sollten, zitiert Ira M. Millstein, siehe Anm. 37. p. 448.

braucherreaktionen gestützt 39. 40. Ausschließlich auf solche psychologischen Effekte aufbaute Werbung ohne meßbaren Tatsachengehalt hat die FTC noch nie angegriffen 41.

Der Erweckung von Angstgefühlen, Erziehung zum Snobismus wie auch der Ansprache sexueller Motive sind keine Grenzen in der Werbung gesetzt 41.

Unter welchen Voraussetzungen jedoch eine auf psychologische Effekte gestützte Werbung vor dem Eingriff der FTC immun ist, hängt letztlich davon ab, inwieweit die Werbeaussagen von der Behörde als Äußerungen mit tatsächlichem und meßbarem Gehalt interpretiert werden können. Im Fall J. B. Williams Co. 42. z.B. warben die Beklagten mit dem Text " One day, it dawned on me that I was boring my husband to death " sowie mit der anschließenden Schilderung, daß die Einnahme des Aufputschmittels " Vivarin " durch die Ehefrau das Interesse des Ehemannes wiederbelebt habe. Die Klage der FTC sah eine Täuschungsgefahr in der Vorspiegelung, " Vi-

-
39. siehe George J. Alexander, Anm. 25., p. 22 ; Henry, Culture against Men, p. 3 (1963): " Advertising is not directed to how the product will function, but how it will satisfy our avaricies and inadequacies " .
40. Beispiel von George J. Alexander, Anm. 39 : der Käufer eines Produkts geht im grünen Wald Arm in Arm mit einem hübschen Mädchen spazieren, Assoziation der Anziehungskraft beim anderen Geschlecht.
41. Henry, siehe Anm. 39. pp. 45-99; Edward F. Cox, Robert C. Fellmeth, John E. Schulz, The " Nader Report " on the Federal Trade Commission, pp. 18-19 (1969)
42. § 19.671 prop. complaint, File No. 712 3670, 6/29/71 .

varin" könnte Eheprobleme lösen und die persönliche Attraktivität erhöhen.

Bei der täuschenden Tatsachenäußerung dagegen hat die FTC schon des öfteren zur zusätzlichen Begründung ihrer Unterlassungsverfügungen auf den psychologischen Effekt der Werbemaßnahme zurückgegriffen. In der Entscheidung FTC v. Standard Education Society 43. gaben Bücherverkäufer vor, der angesprochene potentielle Käufer sei wegen seiner bekannten Fähigkeiten und Kenntnisse für ein Sonderangebot extra ausgewählt worden. Die FTC begründete ihr Verbot außer mit der Täuschung auch mit der Ausnützung des Snobismus 44. Eine Ausnahme innerhalb der Spruchpraxis der FTC zur Ausnutzung emotioneller Beweggründe ist das Verbot unerlaubter Glücksspiele (" lotteries ") als " unfair method of competition " wegen der gegebenen Ausnutzung der Spielleidenschaft 45. Auf andere Sachverhalte wurde diese Behandlung der Ausnutzung von Emotionen als ungesetzliche Handlung aber nicht ausgedehnt. 46. Eine Wende

43. 302 US 112, 1937

44. siehe Anm. 43.,no. 114, 115; siehe auch die Entscheidung Holland Furnace Co. v. FTC, VII S!&C. 234-235, 7th Circ. 1961, wo die Öfen von Mitbewerbern als explosionsgefährdet dargestellt wurden und Käufer sich aus Furcht zum Kauf neuer Öfen entschlossen.

45. siehe hierzu ausführlich bei den Ausführungen über Glücksspiele, S. 407

46. Wenn auch in der Spruchpraxis bemerkenswerte Ansätze hierzu zu finden sind. Das Verbot der Zugaben (" free ") wurde zeitweise mit dem Drang des Verbrauchers, etwas umsonst zu bekommen (" getting something for nothing "), sogen. " lure theory ", begründet, siehe ausführlicher bei Preis- und Wertverschleierungen durch Zugaben, S. 365

kann sich durch die neuere Spruchpraxis der FTC ergeben. Im Zusammenhang mit der Aktivierung des Prinzips der Unfairness wurde die Ausnutzung wesentlicher emotioneller Interessen der Käufer, wenn auch in Verbindung mit täuschender Werbung, als im Rahmen dieses Prinzips ungesetzliche Handlung angesehen: so z.B. die Täuschung von Eltern beim Kauf von Spielzeug, da hier besonders die Zuneigung zu den Kindern angesprochen wird 47. oder die Täuschung über den Nährwert von hauptsächlich von Kindern verzehrten Lebensmitteln, weil dadurch die Sorge um ein gesundes Wachstum ausgenutzt wird 48.

2. Ausmaß und Grenzen der Regelungsgewalt über wahre, nichtinformativische Werbung

Die heute laut werdende Forderung nach Werbung, die tatsachengebundene Information für den Verbraucher über Qualität und Preis einer Ware beinhaltet, ist ein tiefer Einbruch in das Dogma

47. Topper Corp., Dkt. C - 2073, prop. complaint, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, Anm. II. 95. pp.414, 417, 11/1/71, kam in der Unterlassungsverfügung jedoch nicht mehr zum Ausdruck, siehe pp. 419-424.

Die theoretische Funktion innerhalb des Täuschungsstandards ist vollkommen unklar; weder handelt es sich um die Begründung des Schadens, noch um die Berücksichtigung besonders schutzwürdiger Personenkreise.

48. § 19.359 ITT Continental Baking Co., prop. complaint, File No. 712 3447, 3/16/71, kam ebenfalls in der Unterlassungsverfügung nicht mehr zum Ausdruck, siehe Dkt. C - 2015, 8/17/71, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, siehe Anm. II. 95. pp. 411-413.

von der ausschließlichen Verkaufsfunktion der Werbung. Sie kann dann den ihr zugeschriebenen Zweck der Verbraucherbeeinflussung durch Heraushebung von Vorzügen und insbesondere durch Verwendung emotioneller Aspekte ohne Erwägung negativer Momente nur noch bedingt erfüllen. Mit dem Instrument des Täuschungsstandards konnte die FTC dieser Forderung nach Durchsetzung von informativer Werbung freilich nicht gerecht werden 49.

a. Die Schaffung eines begrenzten Rechts auf Information unter dem Täuschungsstandard

Der FTC ist es jedoch gelungen, auch unter der Geltung des Täuschungsstandards ein begrenztes Recht des Verbrauchers auf Information 50., insbesondere hinsichtlich wesentlicher Mängel der Ware zu schaffen, auch wenn es nicht als solches bezeichnet wird.

Der Ursprung dieses begrenzten Rechts auf Information liegt sowohl in dem Grundsatz, daß Schweigen unter bestimmten Voraussetzungen einer Täuschung gleichgestellt wird, als auch in dem damit eng verbundenen Institut aufklärender Zusätze (" affirmative disclosure "), die zur Korrektur solch täuschenden Schweigens verwandt

-
49. siehe dazu " Nader Report ", Anm. 41. p. 17, mit den Beispielen aufhellender Zahnpasten, die Abschleifstoffe enthalten, oder von Deodorants, die Poren verstopfen.
50. Notes, Developments in the Law, Anm. II.4. p. 1047
Everette Mac Intyre, T. von Brand, Anm. I. 53, p. 612

werden.

Dieser Grundsatz war vor Erlaß des Wheeler-Lea Amendments von 1938 noch erheblich umstritten. Die Berufungsgerichte verweigerten seine Anerkennung 51. unter Berufung auf das "caveat emptor"-Prinzip 52. und das Recht der unerlaubten Handlung, das eine Haftung für eine Unterlassung nicht begründete 53.

Die Loslösung vom "caveat emptor"-Prinzip vollzog sich bereits 1937 mit der Entscheidung FTC v. Standard Education Society 54.

Das letztere formelle Hindernis des common law unterlief die FTC mit dem Erlaß von Wettbewerbsregeln für die rayonherzeugende Industrie ("trade practice rules for the rayon industry ") 55. Die Bestimmungen dieser Wettbewerbsregeln sahen vor, daß beim Verkauf von Rayon, einem Seide täuschend ähnlichen Produkt, über die Rayoneigenschaft aufgeklärt werden muß. Mit dem Erlaß des Wheeler-Lea Amendments zum FTCA 1938, insbesondere sect. 15

-
51. Berkey & Gay Furniture Co. v. FTC, 42 F 2nd 427, 429, 6th Circ. 1930;
Northam Warren Corp. v. FTC, 59 F 2nd 196, 197-198, 2nd Circ. 1932
52. Walton H. Hamilton, The Ancient Maxim Caveat Emptor, 40 Yale L.J. 1133 (1931); siehe hierzu auch S. 10 -11
53. Prosser, Torts, p. 722 (1941)
54. 302 US 112, 116, 1937: " the best element of business has long decided that honesty should govern competitive enterprises and that the rule of caveat emptor should not be relied upon to reward fraud and deception "
55. 10/26/37

FTCA 56., war über die Zulässigkeit der Anforderung von aufklärenden Zusätzen bei Täuschung durch Schweigen positiv entschieden. Seither wurde die Befugnis der FTC, aufklärende Zusätze zu fordern, nicht mehr in Frage gestellt und in ständiger Rechtsprechung und Spruchpraxis jene sogar angeordnet 57.

Zahlreiche gesetzliche Vorschriften schlossen sich an, die spezifizierte Aufklärung forderten, insbesondere der Wool Products Labeling Act 58., der Fur Products Labeling Act 59., der Textile Fiber Identification Act 60. und der Food, Drug and Cosmetic Act 61.

Aus diesen Gesetzen läßt sich die Tendenz erkennen, dem Verbraucher zumindest bei den Gütern des täglichen Bedarfs eine gewisse Information zukommen zu lassen, wenn ihm eine eigene Beurteilung im Hinblick auf die Art des Produkts nur schwer möglich ist. Die in den einzelnen Gesetzesbestimmungen geforderte standardisierte Aufklärung geht z.T. weit über die Zusätze hinaus, die zur Korrektur einer Täuschung durch Schweigen im Einzelfall hätte angeordnet werden können; so muß

-
56. 15 U.S.C. sect. 55: " in determining, whether an advertisement is misleading, there shall be taken into account not only representations made by statement ... but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material in the light of such representations ... "
57. Aronberg v. FTC, 132 F 2nd 165, 166, 169-170, 7th Circ. 1943
58. sect. 4; 15 U.S.C. sect. 68 b, 1939
59. sect. 4, 5; 15 U.S.C. sect. 69 b, 69 c, 1953
60. sect. 4; 15 U.S.C. sect. 70 b, 1958
61. 21 U.S.C. sect. 343, 1938

z.B. der genaue Fasergehalt bei Wollprodukten angegeben werden 62., ferner Name und Adresse des Herstellers 63., bei Lebensmitteln die enthaltene Menge sowie die Bestandteile nach dem üblichen Namen 64.

Diese Tendenz ließ die FTC im Bereich ihrer sonstigen Entscheidungstätigkeit freilich zunächst ungenutzt. Die Übermittlung von über die Korrektur täuschenden Schweigens hinausgehender Information sah sie auf die Ausnahmen durch gesetzliche Statuierung beschränkt und berief sich dabei auf den Gesetzeswortlaut der sect. 5 (a) 65. und sect. 15 FTCA 66., worin maßgeblich auf den Täuschungsstandard 67. abgestellt wird.

Diese Zuständigkeitsbeschränkung wollte die FTC indirekt wieder dadurch ausgleichen, daß sie durch eine Ausdehnung des traditionellen und problemlosen Täuschungsstandards und auf dem Umweg über die aufklärenden Zusätze einen Hersteller nahezu wirkungsloser Produkte zur Aufklärung über diesen Sachverhalt veranlassen wollte.

Die nun unvermeidlich gewordene Konfrontation des Prinzips der Ausschließlichkeit des Täuschungs-

62. sect. 4 (a) (2) (A) Wool Products Labeling Act

63. sect. 4 (a) (2) (C) Wool Products Labeling Act

64. § 403 Food, Drug and Cosmetic Act

65. 15 U.S.C. sect. 45

66. 15 U.S.C. sect. 52

67. kritisch schon Milton Handler, False Advertising under the Wheeler Lea Act, 6 Law & Contemporary Problems, 91, 102-103 (1939), " the act was singularly deficient in not compelling full disclosure of such pertinent information "

standards mit der Auffassung vom Informationszweck der Werbung erfolgte in der Entscheidung Ada J. Alberty v. FTC 68.

Die FTC hatte die Werbung für ein eisenhaltiges Präparat " Oxorin ", das nach den Behauptungen wirksam gegen Müdigkeiterscheinungen sein sollte, in zwei selbständige Bedeutungen aufgespalten: einmal dahin, daß Müdigkeit eine Folge von Störungen sein konnte, für die " Oxorin " wirksam Abhilfe schaffen könne, zum anderen dahin, daß nach vernünftigen Überlegungen eine Wahrscheinlichkeit bestehe, daß Eisenmangel die Ursache von Müdigkeit sei 69., was nicht zutraf.

Die erste täuschende Bedeutung sollte mit dem Zusatz richtiggestellt werden, daß " Oxorin " nur in auf Anämie beruhenden Fällen von Müdigkeit wirksam sein könne und hielt sich so im Rahmen der Richtigstellung einer positiven Täuschung.

Zur Korrektur der davon unabhängigen zweiten Schlußfolgerung 70. ordnete die FTC einen Zusatz des Inhalts an, daß Müdigkeit weit weniger häufig durch Eisenmangel als durch andere gesundheitliche Störungen verursacht werde und

68. V S. & C. 184, D.C. Circ. 1950

69. 44 FTC 475, 514, 1948

70. Die FTC hatte hilfsweise diese Schlußfolgerung auch damit begründet, daß jede Werbung implizit die Behauptung enthalte, daß alle wesentlichen Faktoren mitgeteilt seien, was letztlich zu den Differenzen führte.

daß in diesen weitaus überwiegenden Fällen " Oxorin " keinerlei positive Wirkung habe 71., was nicht mehr als im Rahmen der Richtigstellung der ursprünglich gemachten Behauptung angesehen werden konnte. Das Berufungsgericht ließ sich auch durch die formelle Wahrung des Täuschungsstandards nicht beeindrucken und ging der Sache auf den Grund:

" the limitations imposed by the first part of the Commission's order reveal the stark complete truth. In the case of Oxorin tablets petitioners can say that they help lassitude only if they specify lassitude due to iron deficiency anemia. The Commission has said, that such statement is true. Moreover, it is the full truth " 72.

Nach Auffassung des Gerichts bedingte ein Vorgehen unter dem Täuschungsstandard auch eine behördliche Bindung an eben den Grad eines Wahrheitsgehalts, der zur Ausräumung einer Täuschung notwendig ist. Ein Zurückgreifen auf einen Wahrheitsgehalt, der umfassend sämtliche Nachteile und sonstigen Umstände des Produkts mit voller Präzision umfaßt, ist ausgeschlossen:

" the negative function of preventing falsity and the affirmative function of requiring or encouraging additional interesting, perhaps useful information, which is not essential to prevent falsity, are two totally different functions " 73.

" we think that neither the purpose nor the terms of the act are so broad as the encouragement of the informative function.

71. siehe Anm. 69 p. 517

72. p. 189

73. p. 190

Both purpose and terms are to prevent falsity and fraud, a negative restriction ... " 74.

Auf dem völlig konträren Standpunkt stand Richter Bazelon, den er in einem dissent ausdrückte:

" The act's purpose is to encourage the informative function of advertising. If that, which is left after the elimination of all that is expressly or inferentially false is hardly worth saying, then of course, it need not be said " 75.

Unabhängig von der Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes und einer teleologischen Interpretation wies er auf die eigentlichen Beweggründe und Auswirkungen der Mehrheitsentscheidung hin: Interessenabwägung zwischen dem Recht des Werbenden auf geschäftliche Entfaltung und dem Schutz des Verbrauchers vor nutzlosen Käufen, die eindeutig zugunsten des ersteren ausfiel:

" it seems to me, that the main thrust of the majority opinion is towards caution in interfering with the right to advertise. It decides that the Commission goes too far, when its order requires that the advertiser tell the public that his product is more frequently valueless than it is valuable ... in my view, the action taken overlooks the fact, that Congress sought to remedy ... the consumer's patent inability to ascertain the merit of a claim " 76.

74. p. 189

75. p. 198

76. p. 198

Die Mehrheitsentscheidung hielt jedoch die Wettbewerbsfreiheit für vorrangig:

" such power seems to us to be no less than the power to control the marketing of all such products, because, if particular advertisers ... can be required not only to state accurately the limited benefits of their products but also to call attention to what the product will not do, the effect on marketing is clear enough " 77.

Nach diesem Fehlschlag brachte die Entwicklung nur äußerst bescheidene Fortschritte.

In den nachfolgenden Entscheidungen wurde das eigentliche Problem umgangen. Die im Fall *Ada J. Alberty v. FTC* getroffene Grundsatzentscheidung wurde mittels eines Kunstgriffes in eine lediglich prozessuale Frage umgewandelt: die Abweisung habe ihre Ursache darin gehabt, daß in den Entscheidungsgründen nicht genügend Tatsachen enthalten gewesen seien, aufgrund deren man die Täuschung im Hinblick auf die zweite Schlußfolgerung hätte feststellen können 78.

Die Fälle *Erickson Hair & Scalp Specialists v. FTC* 79. und *Keele Hair & Scalp Specialists v. FTC* 80. wurden als indirekte Überwindung des in *Ada J. Alberty v. FTC* niedergelegten Prinzips, daß der Werbende nicht zur Offenlegung der Wirkungslosigkeit seiner Produkte gezwungen werden könne, aufge-

77. p. 189

78. *Ward Laboratories Inc. v. FTC*, VI S. & C. 787, 790, 2nd Circ. 1960; *Keele Hair & Scalp Specialists v. FTC*, VI S. & C. 719, 725, 5th Circ. 1960

79. VI S. & C. 697, 700, 7th Circ. 1959

80. VI S. & C. 719, 722, 5th Circ. 1960

faßt 81., weil Unterlassungsverfügungen gleicher Art, wie sie die FTC im Alberty-Fall erlassen hatte, von den Berufungsgerichten aufrechterhalten worden waren. Dieses Ergebnis ist deshalb nicht gerechtfertigt, weil diesen Fällen andere Sachverhalte, nämlich positive Täuschungen, zugrunde lagen.

In der Werbung der Keele Hair & Scalp Specialists: " but the hopeless cases are few ", " but today baldness is unnecessary ", " no man need be bald ", " 95 % of all cases of hair loss come within the scope of the Keele treatment " 82., behauptete sie ausdrücklich, daß durch ihr Haarwuchsmittel nahezu alle Fälle von Kahlheit behandelt werden könnten. Die FTC erließ eine Unterlassungsverfügung 83., worin sie jede Behauptung über die Wirksamkeit bei der Verhinderung von Kahlheit, es sei denn begrenzt auf die Fälle bakteriell bedingten Haarausfalls, verbot und gleichzeitig einen Zusatz forderte, daß Haarausfall in fast allen Fällen eine Folge erbbedingter Veranlagung sei. Ein Zusatz der Form, daß nur Kahlheit beseitigt werden könne, die auf bakteriellen Erkrankungen der Kopfhaut beruhe, wäre nicht - wie im Fall Ada J. Alberty v. FTC 84. hervorgehoben - die "volle" Wahrheit gewesen, sondern angesichts der umfassenden Behauptung ein direk-

81. George J. Alexander, Anm. 25. p. 109

82. siehe Anm. 80, p.724

83. siehe Anm. 80. p. 772, footnote 5

84. siehe Anm. 71.

ter Widerspruch, der durch weitere Zufügung eines Zusatzes " 90 - 95 % aller Fälle von Kahlheit beruhen auf Erbanlagen " nur noch verstärkt würde.

Angesichts der sonstigen Grundsätze der FTC-Spruchpraxis bezüglich überwiegend unrichtiger Behauptungen hätte die Werbung überhaupt ganz untersagt werden müssen.

Kurioserweise begründete das Gericht die Notwendigkeit des weiteren Zusatzes, daß Haar-
ausfall nahezu in allen Fällen eine Folge
erbbedingter Anlagen sei, damit, daß ange-
sichts der Behauptung, alle Fälle von Kahl-
heit könnten erfaßt werden, die fehlende Auf-
klärung darüber, daß 90 - 95 % nicht mehr be-
einflußbar seien, eine Täuschung darstelle
85. 86.

-
85. siehe Anm. 80 p. 722; die in diesem Rahmen zitierte Entscheidung Maurice J. Feil v. FTC, VI S. & C. 875, 901, 9th Circ. 1960, als Begründung paßt nicht, weil dort lediglich die Behauptung, daß " Enurtone " gegen sämtliche Arten von Bettnässen wirksam sei, dahin begrenzt wurde, daß dies nur bei organischen Ursachen zutreffe.
86. Die Werbebehauptung: " Keele has a successful treatment for every type of hair loss - limited to cases other than those of male pattern baldness ... the great majority of thinning hair are the developed states of male pattern baldness " ist schlechthin widersprüchlich und unsinnig. Möglich dagegen: " Keele has a successful treatment for hair loss, if due to male pattern baldness ... the great majority of ... " Hier läßt sich der Zusatz jedoch nicht mehr damit begründen, daß nach der Behauptung alle Fälle erfaßt seien, da diese weder explizit noch implizit enthalten ist.

Trotz der nebulösen Konstruktion hat die FTC damit den Täuschungsstandard im Ergebnis um den Grundsatz angereichert, daß Schutz gegen weitere falsche Schlußfolgerungen aus einer bereits richtiggestellten Behauptung auch dann gewährt wird, wenn diese in der Werbung selbst keinen Anklang mehr finden, dabei aber die Wirkung eintritt, daß in fast allen Fällen das gekaufte Produkt mit Sicherheit die geweckten Erwartungen nicht erfüllen kann.

Konstruktiv auf eine tragende Grundlage stellte das Gericht dieses Ergebnis im Fall J.B. Williams Co. v. FTC 87. mit der Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck. Es wurden hier die gleichen Zusätze 88. bei nahezu indentischer Werbung gebilligt, wie sie noch im Fall Alberty v. FTC zurückgewiesen worden waren. Die J.B. Williams Co. hatte geworben: " They say, there is a reason for everything. Now, if you have been feeling tired and run down, the reason may be iron-poor blood ... patients, whe suffered from iron-poor blood were given Geritol every day ... result ... patients felt stronger " 88.

Das Berufungsgericht interpretierte dies so:

" while the advertisement does not make the affirmative representation that the majority of people who are tired and run down are so because of iron deficiency anemia and the product Geritol will be an effective cure, there is substantial evidence

87. 1967 Supplem. S. & C. 524, 6th Circ. 1967

88. siehe Anm. 87, p. 535

to support the finding ... that most people are not so because of iron deficiency anemia and the failure to disclose this fact is false and misleading because the advertising creates the impression that the tired feeling is caused by something that Geritol can cure " 89.

Der nun vorhandenen Begründung lag - wohl als auslösendes Moment - eine veränderte Interessenabwägung zugunsten des Verbrauchers zugrunde:

" the fact, that the great majority of people, who experience tiredness symptoms do not suffer from any deficiency of the ingredients in Geritol is a material fact ... and the failure to reveal this fact in this day, when the consumer is influenced by mass advertising utilizing highly developed arts of persuasion renders it difficult for the typical consumer to know whether the product will in fact meet his needs unless he is told what the product will do or will not do. This does not fall within the scope of negative advertising, it merely represents to the consumer an opportunity to make an intelligent choice " 90.

Dies sollte jedoch nicht zu der Annahme verleiten, über den notwendigen Informationsgehalt einer Werbung werde nun im Einzelfall durch Interessen-

-
89. siehe Anm. 87. p. 530; die diese Begründung enthaltende Entscheidung Ward Laboratories Inc. v. FTC, VI S. & C. 787, 798, 2nd Circ. 1969 beinhaltete vom Tatbestand her nicht die explizite Beschränkung auf die Fälle, in denen die Wirkung erzielbar ist: " save your hair ", " baldness, and what you can do about it ", wobei der Werbende den Zusatz anfügte: " but many medical authorities now believe a specific scalp disease is the most common cause of baldness "; das Ergebnis ist deshalb nicht schon aus dieser Entscheidung ableitbar.
90. siehe Anm. 87. pp. 531-532

abwägung entschieden.

Die FTC hat sich damit die Befugnis zur Anordnung von Zusätzen zu wahrer Werbung für Produkte, deren generelle Unwirksamkeit durch die Werbeaussage nicht erkenntlich gemacht wird und die deswegen als untragbar erscheint 91., eingeräumt, Daß daher der Anwendungsbereich nur behutsam ausgedehnt werden kann und wird, liegt auf der Hand 92.

b. Die Loslösung vom Täuschungsstandard in richtungsweisenden Entwicklungen in der Gesetzgebung und in Verwaltungsverordnungen der FTC

Im Rahmen der im förmlichen streitigen Verfahren ergangenen Entscheidung blieben Gerichte und auch die FTC dem Täuschungsstandard verhaftet, der mit der Auslegung der Werbung in der Entscheidung J.B. Williams Co. v. FTC 93. bereits an der Grenze der Dehnungsfähigkeit angelangt war.

Der entscheidende Anstoß zur in dieser Entscheidung zum Ausdruck gelangten Interessenabwägung zugunsten des Verbrauchers war von außen gekommen 94. Die Einsicht war gereift, daß der

91. Eine Parallele findet sich bei dem Inhalt von Zusätzen bei Täuschung durch Schweigen, siehe S. 164 - 165

92. Der im Statement of Basis and Purpose Accompanying Trade Regulation Rule on Cigarette Advertising and Labeling geprägte Satz: "sect. 5 forbids sellers to exploit the normal expectations of consumers in order to deceive" trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu.

93. siehe Anm. 87.

94. Co nsurers Protection and Interest Programs, HR Doc. No. 364, 87th Cong. 2nd Sess. p. 2 (1962)

Verbraucher nicht nur durch Täuschung sondern auch durch Vorenthaltung von Tatsachen, aufgrund deren er einen rationalen Kaufentschluß hätte fällen können, geschädigt werde.

Vor diesem Hintergrund ist der Erlaß des Fair Packaging and Labeling Act von 1966 95. zu sehen.

Unabhängig von einer Täuschungsgefahr bringt das Gesetz in § 2 ein begrenztes Mandat zur Information von Verbrauchern:

" informed consumers are essential to the fair and efficient functioning of a free market economy. Packages and their labels should enable consumers to obtain accurate information as to the quantity of the contents and should facilitate value comparisons ... " 96.

Es folgte der Truth in Lending Act 1968 97., welcher der Unkenntnis der Öffentlichkeit bezüglich der bei Krediten letztlich anfallenden Kosten entgegenwirken sollte und auf eine genaue Aufklärung bez. der gesamten Finanzierungskosten 98. oder jährlicher Zinsraten 99. hinzielte:

" the informed use of credit results from an awareness of the cost thereof by consumers. It is the purpose of this title to assure a

95. 15 U.S.C. sect. 1451-1461

96. Declaration of Policy, sect. 1451

97. 15 U.S.C. sect. 1601-1665

Zum Erfolg der Gesetzgebung, siehe Sheldon Feldman, Consumer Credit Problems, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, siehe Anm. II.101.

98. § 106

99. § 107

meaningful disclosure of credit terms so that the consumer will be able to compare more readily the various credit terms available to him and avoid the uninformed use of credit " 100.

Ähnlich wie beim Erlass der Wettbewerbsregeln für die rayonherzeugende Industrie im Jahre 1937 bediente sich die FTC nun der neueren Einrichtung der Verwaltungsverordnungen als " Versuchsballon ", um ihre Befugnis zur Anforderung von Information ohne Bindung an eine Täuschung zu testen 101. In den " Trade Regulation Rules Relating to the Care Labeling of Textile Products " 102. wurde von den Herstellern die Beigabe von Wasch- und Bedienungsanleitungen für Textilien verlangt und in den " Trade Regulation Rules Relating to the Posting of Research Ratings on Gasoline Dispensing Pumps 103. die Angabe der Oktanzahl für Benzin an den Zapfsäulen gefordert.

Erstrebtes Fernziel dieser Einzelregelungen ist die Übermittlung derjenigen Information, die zur Fällung eines rationalen Kaufentschlusses notwendig erscheint. Diese Formel 104. ist im einzelnen noch wenig durchdacht. Schon hinsichtlich der Tatsachen, aufgrund welcher ein " rationaler "

100. § 102, Findings and Declaration of Purpose

101. siehe dazu Fuchs, Agency Development of Policy through Rule Making, 59 N.W.U. L. Rev. 781 et sequ. (1965)

102. 34 Fed. Reg. 17.776 (1969)

103. 36 Fed. Reg. 23.871 (1972)

104. siehe auch das Berufungsgericht in der Entscheidung J.B. Williams Co. v. FTC. Anm. 90.

Kaufentschluß gefällt werden könnte, entsteht eine Problematik, die Erinnerungen an den von der FTC administrativ gehandhabten Täuschungsstandard heraufbeschwört und die zur Zeit wohl nicht lösbar ist 105. Die Grenzen des Inhalts und der Art der zu übermittelnden Information sind ebenfalls noch vollkommen verschwommen und die wirtschaftlichen Auswirkungen noch fern jeder Übersehbarkeit 106.

Die Vorenthaltung von Information in diesem Rahmen als " unfair act " ist ein futuristisches Konzept 107., das sich erst auf Ansätze einer Entwicklung stützen kann 108.

Verwirklichungsfähig im Hinblick auf die derzeit gegebene Auslegung der Generalklausel erscheint die Untersagung dann, wenn ohne Täuschung beim Verbraucher ein wesentlicher Schaden entsteht 109. oder in einem Bereich von besonderem öffentlichen Interesse zusätzliche Information wegen der komplexen Natur der Materie für erforderlich gehalten wird 110.

-
- 105. Richard W. Pollay, Deceptive Advertising and Consumer Behavior, A Case for Legislative and Judicial Reform, 17 Kans. L. Rev. 625, 633-634 (1969)
 - 106. Arthur H. Travers, Jr., Foreword to 17 Kans. L. Rev. 551, 556 (1969)
 - 107. George J. Alexander, siehe Anm. 25.
 - 108. Richard L.D. Morse, siehe Anm. II.91.
Everette Mac Intyre, T. von Brand, siehe Anm. II.24.
 - 109. siehe S.99 sowie Anm. II.121.
 - 110. siehe die sondergesetzlichen Regelungen; denkbar z.B. bei Versicherungen, Rechtsberatung o. dgl.

7. Kapitel

Die allgemeinen Lehren täuschender Werbung

1. Begriff und Mittel der Werbung

- a. Unter den Begriff der täuschenden Werbung fallen irreführende Angaben sowohl über das Unternehmen wie über die Waren oder die Person des Werbenden selbst als auch täuschende Angaben über Unternehmen, Waren oder Person von Mitbewerbern 111. wie auch Irreführung über die betriebliche Herkunft 112. eines Artikels, worunter insbesondere Kennzeichenverletzungen mit diesem Effekt oder die Nachahmung von Waren fallen 113. Als Mittel der Werbung kommen an das Publikum gerichtete Ankündigungen jeglicher Art in Frage 114.

-
111. siehe die Parallele zu dem Begriff der objektiven Irreleitungen Kohlers; Josef Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 24 ff., 1914
112. siehe den Begriff der subjektiven Irreleitungen Kohlers, siehe Anm. 111.
113. Die Reichweite des § 3 UWG umfaßt grundsätzlich nur Angaben über das eigene Unternehmen oder Waren, Baumbach-Hefermehl, siehe Anm. II. 33. Übersicht zu §§ 3-10, Anm. 9; die Kennzeichenverletzung fällt nur dann unter § 3 UWG, wenn es sich um eine qualifizierte betriebliche Herkunftsangabe handelt, siehe Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Anm. 223 zu § 3 UWG, jedoch ergänzender Schutz gem. § 1 UWG.
114. Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 19.1 (a), p. 322 (2nd ed. 1950)

Generell genügt ein ausschließlich an eine Einzelperson gerichteter Brief nicht. Ankündigungen, die mehreren Personen gleichzeitig zugehen, stehen solche gleich, die zu verschiedenen Zeitpunkten an mehrere Einzelpersonen abgeschickt werden 115. Eine an eine Einzelperson gerichtete Ankündigung reicht dann aus, wenn beabsichtigt ist, daß deren Inhalt an das Publikum gelangt 116.

Die Werbemittel im einzelnen entziehen sich wegen ihrer Vielgestaltigkeit einer erschöpfenden Aufzählung.

Alle schriftlichen Ankündigungen wie Preislisten 117., Briefköpfe 118. als auch bildliche Darstellungen 119., Verkaufsgespräche 120. und Fernseh- 121. und Radiowerbung 122. zählen dazu.

Zu beachten ist, daß bereits ein Einzelakt genügt, es muß sich nicht um eine wiederholte Ungesetzlichkeit handeln 123.

-
- 115. Parke, Austin & Libscomb v. FTC, 142 F 2nd 437, 439, 2nd Circ. 1944
 - 116. Callmann, siehe Anm. 114., pp. 322-323
 - 117. D.M. Alachuzos Co., 36 FTC 202, 205, 1943
 - 118. Etablissements Rigaud v. FTC, 125 F 2nd 590, 2nd Circ. 1942
 - 119. Hiram Carter Corp., 34 FTC 514, 525, 1942
 - 120. Parke, Austin & Libscomb, siehe Anm. 115.
 - 121. FTC v. Colgate Palmolive Co., S. & C. 1152, S.Ct. 1965
 - 122. Rhodes Pharmacal Co. v. FTC, V S. & C. 582, 584, 7th Circ. 1953
 - 123. Moir v. FTC, 12 F 2nd 22, 27, 1st Circ. 1926

b. Die Fernsehwerbung 124.

Die Fernsehwerbung ist als die wirksamste Werbemethode anerkannt 125. und ist ihrer Verbreitung wegen auch in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Besonderheiten bieten sich hier wegen der dem Publikum oft nicht erkennbaren, besonderen Aufnahmetechniken, die eine Täuschung über Beschaffenheit, Größe oder Aussehen der Ware bewirken können. Gebrauch verschiedener Linsen oder einer Kameraführung, die nicht wirklichkeitsgetreue Wiedergabe gewährleisten, sind verboten 126.

Die Trickvorführungen in der Fernsehwerbung
(" props ", " mock-ups ") haben FTC und Gerichten viel Kopfzerbrechen bereitet. Eine Unterlassungsverfügung wird immer dann ergehen, wenn Eingriffe am eigenen Produkt oder dem des Mitbewerbers vorgenommen wurden und dadurch der Wirklichkeit nicht entsprechend entweder das Konkurrenzprodukt als besonders minderwertig 127. oder das

-
124. Mc Maham, TV Tape Commercials, pp. 11, 43 (1960)
125. Libbey - Owens Ford Glass Co. v. FTC, VII S. & C. 1409, 1411, 7th Circ. 1965; Topper Corp., siehe Anm. 47.
126. siehe hierzu allgemein: Notes, Illusion or Deception, the Use of " Props " and " Mock-Ups " in Television Advertising, 72 Yale L.J. 145, 150-161 (1962); Gaylord A. Jentz, Anm. II. 79. , pp. 421-427
127. bezüglich dieser als Herabsetzung der Waren von Mitbewerbern zu behandelnden Werbung siehe S. 374

eigene Produkt als im Verhältnis dazu als besonders vorteilhaft 128. dargestellt werden soll. Sowohl im Hinblick auf das Erfordernis einer Täuschungsgefahr als auch dem der Kausalität zwischen Werbebehauptung und Kaufentschluß ist die Entscheidung nicht einfach, ob allein bei Gebrauch von Trickvorführungen ohne gleichzeitigen Eintritt einer Qualitätstäuschung, weil das Produkt die erwarteten Eigenschaften hat, eine Untersagung lediglich auf einen bei der Aufnahme benutzten Trick gestützt werden kann. Diese für die Praxis äußerst wichtige Frage 129. wurde dem Supreme Court im Fall FTC v. Colgate Palmolive Co. 130. zur Entscheidung vorgelegt.

Die beklagte Gesellschaft hatte, um die aufweichende Kraft ihrer Rasiercreme " Rapid Shave " zu veranschaulichen, dem Fernsehpublikum einen Vergleich demonstriert, bei dem auf angeblich rauhes Sandpapier " Rapid Shave " aufgetragen wurde und mittels eines Strichs mit dem Rasierapparat Schaum samt Auflage des Sandpapiers ab-rasiert werden konnte. In Wirklichkeit wurde im Aufnahmestudio kein Sandpapier verwandt, sondern

128. Colgate-Palmolive Co., 58 FTC 422, 431-432, 1961; Adell Chemical Co. Inc., 54 FTC 1801, 1958

129. siehe die Zusammenstellung der schon vor der Entscheidung des Supreme Court von der FTC behandelten Fälle Gaylord A. Jentz, Anm. 126., pp. 423-424

130. VII S. & C. 1152, S.Ct. 1965

Plexiglas, auf das Sand gestreut worden war. Die Colgate Palmolive Co. versuchte, den angewandten Trick mit der aufnahmetechnischen Besonderheit zu rechtfertigen, daß Sandpapier wie einfaches Packpapier wirkte und die Sandauflage auf dem Glas wie Sandpapier. Unstrittig war, daß " Rapid Shave " Sandpapier nur innerhalb einer Stunde so hätte aufweichen können, daß ein Strich mit dem Rasierapparat die Sandauflage entfernt hätte. Unstrittig war freilich ebenfalls, daß " Rapid Shave " eine große Fähigkeit zum Aufweichen von Barthaaren besaß, was der Vergleich mit dem Abbrasieren von Sandpapier allegorisch zeigen sollte.

Hätte sich die FTC auf eine Unterlassungsverfügung des Inhalts beschränkt, daß Trickvorführungen unzulässig sind, wenn sie nicht beweisen, was sie beweisen sollen 131., hätte es keine weiteren Differenzen gegeben. Sie untersagte jedoch generell die Verwendung von anderen Produkten im Aufnahmestudio an Stelle solcher, die, für das Publikum erkenntlich, auf dem Bildschirm erscheinen:

" representing ... in describing ... or purporting to prove the quality or merits of any product, that demonstrations, either alone or accompanied by oral or written statements are genuine or accurate representations of ... or prove the quality or

131. unzulässig in std. Spruchpraxis, Hutchinson Chemical Corp., 55 FTC 1942, 1947, 1959; seither: Eversharp Inc., 57 FTC 841, 843-846, 1960; Brown & Williamson Tobacco Corp., 56 FTC 956, 957, 1960

merits of any product, when such demonstrations are not in fact genuine or accurate representations of or do not prove the quality or merits of any such product " 132.

Der 1st Circ. als Berufungsgericht ging zwar mit der FTC, was die Täuschungsgefahr anbetraf, konform, verneinte aber die Relevanz des Kausalzusammenhangs zwischen der eingetretenen Täuschung und einem möglichen Kaufentschluß sowie einen Schaden: der Käufer erwerbe nicht das künstliche, im Aufnahmestudio verwandte Produkt, sondern aufgrund der Werbung das zum Verkauf gestellte und dieses entspreche den geweckten Erwartungen 133.

Auf die Zurückverweisung hin versuchte die FTC aus der Werbung eine Behauptung herauszukristallisieren, die den Gefahrenpunkt der Relevanz des Kausalzusammenhangs geschickt umging und zugleich den zu weit geratenen Umfang der ursprünglichen Unterlassungsverfügung einschränkte: unterschieden wurde zwischen Trickvorführungen, die eine Qualitätsbehauptung nur anschaulich beschreiben sollten und solchen, die objektiv einen Test

132. Colgate Palmolive Co., 59 FTC 1452, 1477-1478, 1961; schon der hearing examiner hatte die Klage abgewiesen, p. 1457. Lediglich phantasievolle Vergleiche, die erkennbar keine Produktqualität beweisen sollen, sind zulässig, z.B. das in Colgate-Palmolive Co. v. FTC, VII S. & C. 574, 578-579, 1st Circ. 1962, gewählte Beispiel: eine Bezugnahme auf " Sandpapierbärte " wäre ohne Untersagung möglich gewesen.

133. siehe Anm. 132, p. 581

für die Wahrheit der Qualitätsbehauptung ergeben sollten. Im letzteren Fall enthielt die Werbung implizit die Behauptung, daß kein Trick enthalten sei 134. und war geeignet, im Zusammenhang mit der Vorspiegelung eines Tests den Kaufentschluß zu beeinflussen. An dieser Spitzfindigkeit fand der 1st Circ. aber ebenfalls kein Gefallen und wies abermals zurück, da er weder den Unterschied noch die Grenzen der Unzulässigkeit von Trickvorführungen nach dieser Formulierung erkennen konnte 135.

Der Supreme Court hielt dagegen ohne große Umstände unter Berufung auf den behördlichen Beurteilungsspielraum die Interpretation der FTC, eine Täuschung werde dadurch hervorgerufen, daß der Zuschauer glaube, ein Experiment mit eigenen Augen zu sehen, aufrecht 136.

Ein Rückgriff auf die Entscheidung FTC v. Algoma Lumber Co. 137. mit ihrem Grundsatz der Berücksichtigung auch von unvernünftigen Beweggründen und Vorurteilen des Verbrauchers erledigte die Differenzen bez. der erforderlichen Relevanz des Kausalzusammenhangs und des Schadens 138.

134. 62 FTC 1282, 1269, 1963

135. Colgate - Palmolive Co. v. FTC, VII S. & C. 824, 828-829, 832, 1st Circ. 1963

136. FTC v. Colgate - Palmolive Co., VII S. & C. 1152, 1162-1163, S. Ct. 1963

137. FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 79, 1931; siehe Anm. 136. p. 1165

138. siehe Anm. 136. p. 1166, verglichen auch mit dem Verbot von fiktiven Empfehlungen, pp. 1165, 1166

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Trickvorführungen in der Fernsehwerbung nicht schon als solche verboten sind, sondern nur dann, wenn dem Publikum als Beweis einer Qualitätsbehauptung ein Test vorgespiegelt wird, der wegen nicht offengelegter Tricks sich in der angegebenen Form nicht vollziehen konnte 139.

c. Werbung mit Warenzeichen und Firmenbezeichnungen 140.

Die Regelungsgewalt gem. sect. 5 (a) FTCA stellt sich nicht als staatliche Korrektur für Verletzungen dar, die im zivilrechtlichen Parteienprozeß als Warenzeichenverletzungen oder unlauterer Wettbewerb verfolgt werden können 141. Ist Kernpunkt des Streits die Benutzung des Zeichens durch mehrere Inhaber, greift die FTC grundsätzlich nicht ein 142.

aa. Befugnisse der FTC zur Untersagung der Weiterführung täuschender Warenzeichen oder Firmenbezeichnungen

Neben der sich aus der Generalklausel ergebenden Befugnis zur Untersagung durch Unterlassungsverfügung kann die FTC allerdings die Löschung von

-
139. seither std. Spruchpraxis, Libbey Owens Ford Glass Co. v. FTC, Anm. 125. pp. 1411-1412
140. siehe allgemein: Mercer L. Stockell, FTC and Trademarks, 54 TMR 500, 504-508 (1965); Gaylord A. Jentz, siehe Anm. II.79, pp. 417-420
141. siehe ausführlicher bei den Ausführungen über öffentliches Interesse, S. 49 - 50
142. Der Unterschied zu den Fällen des " passing - off " ist im Einzelfall schwierig festzustellen.

irreführenden Warenzeichen betreiben 143., eine Befugnis, die aber noch kaum in die Wirklichkeit umgesetzt wurde 144., wohl weil andere, beweglichere Maßnahmen zur Verfügung stehen 145. Daraus ergibt sich gleichzeitig, daß die Registrierung eines täuschenden Warenzeichens keinen Schutz gegen ein Verfahren gemäß sect. 5 (a) FTCA gewährt 146. Eine Untersagung der Weiterführung eines Warenzeichens findet nach ständiger Spruchpraxis der FTC immer dann statt, wenn völlig falsche Angaben über Art und Qualität damit ausgedrückt wurden, wie z.B. " Rejuvenescence " als Warenzeichen für eine Creme, die nicht verjüngte 147. oder " Carter Little Liver Pills " für Präparate, die keinen Einfluß auf die Tätigkeit der Leber hatten 148. oder " Gordon's Detoxifier " für ein chiropraktisches Gerät, das keinerlei entgiftende Wirkung hatte 149. Ein Verbot erfolgte auch bei völlig falscher Angabe des Ursprungslandes, z.B. für " Havana Counts ", wenn die Zigarren ausschließlich aus US-Tabaken ge-

143. sect. 14 Lanham Trade Mark Act, 15 U.S.C. sect. 1064

144. Bart Schwartz International Textiles Ltd. v. FTC, 289 F 2nd 665, 668-672, CCPA 1961

145. siehe Mercer L. Stockell, Anm. 140. p. 502

146. FTC v. Kay, 35 F 2nd 160, 162, 7th Circ. 1929

147. Charles of the Ritz Distributors v. FTC, 143 F 2nd 676, 679-680, 2nd Circ. 1944

148. Carter Products Inc. v. FTC, VII S. & C. 598, 643, 9th Circ. 1959

149. Irwin v. FTC, 143 F 2nd 316, 318-325, 8th Circ. 1944

fertigt waren 150., jedoch auch bei völlig falscher Angabe des Geschäftszwecks wie " Missing Heirs Corp. " für ein Einziehungsbüro 151. Die an sich einfache Regel bietet eine Problematik dann, wenn das Warenzeichen eine falsche Bedeutung aufgrund mehrdeutiger Auslegung 152. erlangt. " Six Month Floor Wax " konnte dahin ausgelegt werden, daß das Wachs sechs Monate auf dem Boden haften bleiben würde oder dahin, daß der Boden sechs Monate überhaupt keine Pflege brauche. Der Schutz des Verbrauchers gebot die Auslegung in letzterem Sinne und so interpretiert, war die Behauptung falsch mit der Folge der Streichung des Bestandteils " Six Month " 153.

Die Schwierigkeiten der Anbringung von richtigstellenden Zusätzen verdeutlicht die Entscheidung Magnaflo Corp. 154. Das Warenzeichen der beklagten Gesellschaft " Lifetime Charge " für einen Batteriezusatz ließ folgende Auslegungsmöglichkeiten zu: Beeinflussung der Lebensdauer einer Batterie entweder durch Verlängerung oder Erneuerung der Ladung, beziehbar entweder auf die

150. El Moro Cigar Co. v. FTC, 107 F 2nd 429, 451, 4th Circ. 1939

151. § 17.636 Advisory Opinion Digest, No. 76 (1966)

152. siehe dazu ausführlich bei den Ausführungen zu zweideutigen Behauptungen, S. 143 -144

153. Continental Wax Corp. v. FTC, VII S. & C. 891, 897, 2nd Circ. 1964

154. § 16.722 Magnaflo Corp., Dkt 84 22, 12/26/63

Lebensdauer der Batterie oder des KFZ. Trotz der angeführten Zusätze " gives new power to your battery ", " doubles battery life ", " automatically keeps your battery full charge " untersagte die FTC die Werbung, da eine erneute Aufladung der leeren Batterie nicht nachgewiesen werden konnte.

Unter Aufhebung der Unterlassungsverfügung wurde das Verfahren vom 2nd Circ. als Berufungsgericht an die FTC zwecks Überprüfung möglicherweise die Täuschung ausräumender Zusätze zurückverwiesen 155.

Täuschender Gebrauch von Warenzeichen ist jedoch auch auf subtilere Art möglich, wie z.B. durch Anlehnung an bestimmte Qualitätsbezeichnungen in mehr oder minder fantasievoller Form oder durch Wortneubildungen. Innerhalb dieser Verwendungsart 156. wird die verfassungsrechtliche Bindung der FTC an die Eigentumsordnung relevant, die zu dem im Bereich der täuschenden Werbung bisher einzigen Fall einer wirklichen Interessenabwägung zwischen dem Recht des Verbrauchers vor Täuschung und dem als Eigentumsrecht geschützten Geschäfts- und Werbewerts eines Warenzeichens

-
155. Magnaflo Corp. v. FTC, VII S. & C. 1112, 1116, D.C. Circ. 1965; aus Beweisgründen erging im Anschluß darauf eine erneute Unterlassungsverfügung, § 17.237, 3/27/65
156. Bei völlig falschen Behauptungen durch Benutzung eines Warenzeichens tritt das Eigentumsrecht eindeutig zurück.

oder einer Firmenbezeichnung 157. führt.
Fast wie ein Fremdkörper wirkt hier angesichts
der sonstigen Überstrapazierung des Rechts des
Verbrauchers vor Täuschung 158. die einseitige
Abwägung zugunsten der Eigentumsrechte, die seit
der Entscheidung FTC v. Royal Milling Co. 159.
in ständiger Spruchpraxis befolgt wird:

" The complete excision of a trade name should
not be ordered if less drastic means will
accomplish the same result. The order should
go no further than is reasonably necessary
to correct the evil and preserve the rights
of competitors and the public; this can be
done ... by requiring proper qualifying
words to be used in immediate connection
with the names " 160.

Die anzubringenden Zusätze dürfen dabei bis an die
Grenze der Widersprüchlichkeit gehen:

" complete excision may no doubt be ordered
in cases where a qualifying clause on the
label would not clarify but would only
confuse the public and create a complete
contradiction in terms " 161.

Im Ergebnis zeitigt die Anwendung dieser Grund-
sätze meist einen Widerspruch zwischen der im
Warenzeichen selbst zum Ausdruck kommenden Be-

-
157. siehe hierzu Ausführungen zur Bindung an verfassungs-
rechtliche Normen, S.76 - 77
158. siehe hierzu ausführliche Ausführungen zum Täuschungs-
standard S. 125 - 131
159. 288 US 212, 1933
160. no. 217
161. Eliot Knitwear Inc. v. FTC, VI S. & C. 566, 570,
2nd Circ. 1959

deutung und der Bedeutung des folgenden Zusatzes 162. Klarheit besteht demnach darüber, daß die Weiterführung eines täuschenden Warenzeichens nebst einem qualifizierenden Zusatz dann untersagt wird, wenn ein direkter Widerspruch im übereinstimmenden Wortlaut besteht, so z.B.

" California White Pine " - " not made of white pine " 163. oder " Army & Navy Trading Co. " - " we do not deal in army and navy goods " 164.

Dieses Prinzip gilt auch, wenn es sich zwar um eine Wortzusammensetzung handelt, die Abweichung aber im Gegensatz zum eine Qualitätsangabe darstellenden, gleichlautenden Wortkern nur ein völlig bedeutungsloser Zusatz ohne eigenen Gehalt ist wie z.B. " Dura - leather " 165. oder " Sani-Onyx " 166. Im Gegensatz dazu sind Warenzeichen ohne direkte Angabe eines bestimmten Bestandteils in fantasievollen Wortkombinationen unter Andeutungen des Bestandteils mit spezifizierenden Zusätzen zugelassen worden, auch wenn der Bestandteil nicht vorhanden war, so z.B.

163. FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 71-73, 82, 1934

164. FTC v. Army & Navy Trading Co. 88 F 2nd 776, 780, D.C. Circ. 1937

165. Masland Duraleather Co. v. FTC, 34 F 2nd 733, 736 - 737, 3rd Circ. 1929

166. Marietta Mfg. Co. v. FTC, 50 F 2nd 641-642, 7th Circ. 1931; dies jedoch dann nicht, wenn durch die Zusammensetzung ein anderer Sinn entsteht; " Diamondflare " - not a diamond " ist möglich, § 19.326 Coro Inc., Dkt. C.-1783, 8/18/70

" alpacuna " für ein Wollgewebe, das zwar Alpaca-, Mohair- und Baumwolle enthielt, nicht jedoch die teurere Vicognewolle 167. Ebenso wurde hinsichtlich des Warenzeichens " cashmora " für Wollartikel ohne Kashmirgehalt 168. entschieden. Auch nur leicht gegenüber dem tatsächlichen Wortlaut veränderte Warenzeichen, die einen unzutreffenden Sinn vermitteln, sind nicht untersagt worden, so z.B. " kashmoor " für Wolle ohne Kashmirgehalt 169. und " Outgro " für ein Fußpflegemittel, das keinerlei Einfluß auf Form, Lage und Wachstum des Nagels hatte mit ebendiesem Zusatz 170. Verboten dagegen wurde das Warenzeichen " Lite Diet " für ein Brot ohne jegliche Wirkung auf Gewichtsabnahme, auch mit dem Zusatz " fewer calories, because thinner sliced " 171.

Die letztgenannte Entscheidung in Bakers Franchise Corp. v. FTC kann sowohl dahin gewertet werden, daß bei genauer Übereinstimmung im maßgeblichen Wortkern (" diet ") und bedeutungslosem abweichenden Zusatz (" lite ") das Verbot nicht

-
167. Jacob Siegel Co. v. FTC, 327 US 608, 612-614, 1946; siehe die Entscheidung der FTC auf die Zurückweisung hin, 43 FTC 256, 263, 1946; dissent Commissioner Ayres, p. 246, dissent Commissioner Davis, pp. 265, 271; die Ausgangsentscheidung 36 FTC 563, pp. 571-573, hatte ein Totalverbot vorgesehen.
 168. Eliot Knitwear Inc. v. FTC, siehe Anm. 161., pp. 569-571, Anhänger: 30 % Angora, 70 % Lambswool
 169. Country Tweeds Inc., 50 FTC, 470, 473, 1953; siehe aber noch das Verbot in Cohen Bros. Corp., 27 FTC 923, 1948;
 170. § 16.668 American Home Products, Dkt. 8478, 11/22/63
 171. Bakers Franchise Corp. v. FTC, VII S. & C. 468, 469, 3rd Circ. 1962

allein dadurch umgangen werden soll, daß ein Zusatz gewählt wird, der sorgfältig einen wortlautmäßig übereinstimmenden Widerspruch vermeidet (z.B. " low in calories " anstatt " no diet formula ") 172. als auch dahin, daß auch bei Widerspruch im Sinngehalt ein Zusatz nicht gestattet ist. Auf letztere Interpretation deutet die neuere Entwicklung jedoch nicht hin.

Zwar sahen mehrere wenn auch im Ergebnis erfolglose Klagen ein Totalverbot von Phantasiebezeichnungen vor, das man auf einen Widerspruch nach dem Sinngehalt zurückführen könnte, so z.B. für " Hi - C ", ein Warenzeichen für Getränke ohne hohen Vitamingehalt 173. oder " Profile " als Warenzeichen für Brot, das auch nur der dünneren Schnitten wegen weniger Kaloriengehalt pro Scheibe hatte 174.; in den Entscheidungen der FTC wurden jedoch wiederum nur Zusätze angeordnet 175.

Eine Ausnahme bahnt sich im Bereich der Werbung für gefährliche Produkte an. " Safe-Trac " für eine Vorrichtung, die Rutschen und Schleudern eines Kraftfahrzeugs nicht

172. siehe Anm. 171.

173. § 19.351 Coca-Cola Co., prop. complaint, File No. 702 3222, 9/20/70

174. § 19.539 ITT Continental Baking Co., prop. complaint, File No. 712 3447, 3/16/71

175. § 19.603 Coca-Cola Co., complaint, Dkt. 8839, 4/14/71;

§ 19.681 ITT Continental Baking Co., cons. order, File No. 712 3447, 7/2/71

beeinflussen konnte 176. sowie " Safti-Brake-Distributors " 177. als Warenbezeichnung für Reifenhändler, deren Produkte keine Sicherheitsvorrichtungen hatten, wurden verboten.

Die Interessenabwägung fällt damit in erheblichem Ausmaß zugunsten der Inhaber der Warenzeichenrechte aus. Der noch nicht allgemein beachtete Vorschlag des Berufungsgerichts in der Entscheidung Continental Wax Corp. v. FTC 178. unterstellt dagegen auch das Warenzeichen den Grundsätzen für sonstige Mittel täuschender Werbung:

"whatever value their trade name has come to acquire has therefore been due ... to its effectiveness as a vehicle for misrepresentation, and whatever investment petitioners have made in that trade name has been hedged ... by the inducement of members of the public to purchase the product named under the mistaken belief that it will do that which it will not ... it is not unfair to require petitioners to give up whatever valuable property right is represented by their trade name and to force them to forego, for the public's protection, whatever benefits might be realized through continued use of that name in the future " 179.

176. § 19.700 International Safe-T-Trac Inc.,

Dkt. 8823, 7/13/71

177. § 19.970 Nationwide Safti-Brake Distributors,

File No. 712 3033, 3/29/72

178. siehe Anm. 153

179. Anm. 153., p. 897

bb. Möglichkeiten der zeitweisen Weiterführung
täuschender Warenzeichen

Ausgerichtet am Schutz des Warenzeichens als Eigentumsrecht ist ein mit einer Werbung verbundener, erheblicher Kostenaufwand als Grund für eine einseitige Interessenabwägung zugunsten des Inhabers und für die Befugnis zur Weiterführung auch des täuschenden Warenzeichens angesehen worden 180.

In der heute relevanten Entscheidung Eliot Knitwear Co. v. FTC wurde dagegen eine Berücksichtigung der Höhe der Werbeausgaben mit diesem Ergebnis abgelehnt 183.

Eine ähnliche schwankende Beurteilung hat der Einfluß der Benutzungsdauer auf die Interessenabwägung gefunden. Eine ablehnende Stellungnahme findet sich in der bereits genannten Entscheidung Eliot Knitwear Co. v. FTC 182., die insoweit jedoch nicht maßgeblich sein dürfte. In den Entscheidungen American Home Procedures 183. und Standard Mills Inc. 184. wurde der lange Benutzungs-

-
180. Blancton Co., 53 FTC 580, 591, 593, 1956:
Werbeaufwand in den Jahren 1935-1955, \$ 2 1/4 Mio.
181. 54 FTC 1398, 1414, 1429, 1959,
aff' Eliot Knitwear Inc. v. FTC,
siehe Anm. 161. p. 571, 1956: \$ 25.000; 1957: \$ 50.000;
in der Entscheidung Bakers Franchise Corp., 59 FTC
70, 77, 1961,
aff' Bakers Franchise Corp. v. FTC,
siehe Anm. 171. pp. 468-469,
\$ 2.5 Mio. für einen Zeitraum von 6 1/2 Jahren
182. siehe Anm. 181
183. 63 FTC 933, 946, 1963: 30 Jahre
184. 63 FTC 978, 996, 1963: seit 1904

zeitraum berücksichtigt. In der Entscheidung Scotch Woolen Mills Inc. wurde die Benutzung in Form eines Hinweises auf die verbotene Firmenbezeichnung " formerly Scotch Woolen Mills " gestattet, um dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Umstellung zu geben 185.

d. Die Zuständigkeit der Food and Drug Administration (FDA)

Seit Erlaß des Wheeler-Lea Amendments ist die Zuständigkeit dieser Behörde bei der Werbung für Lebensmittel (" food "), medizinische Präparate und Vorrichtungen (" drugs and devices ") und Kosmetikartikel (" cosmetics ") 186. zu beachten, wenn sie in Form von Aufschriften auf oder von Etiketten an der Ware (" labels ") 187. oder in Form von die Ware begleitendem Werbematerial (" labeling ") 188. erfolgt 189.

In der Praxis besteht eine durch die Gerichte geschaffene Zuständigkeitsüberschneidung zwischen FDA und FTC, obwohl die Zuständigkeit der FDA

-
185. 44 FTC 136, 138, 1947;
siehe auch H.N. Heusner & Sons v. FTC,
106 F 2nd 596, 598, 3rd Circ. 1939
186. 21 U.S.C. sect. 343 (a), 352 (a),
362 (a), 1964
187. 21 U.S.C. sect. 321 (k)
188. 21 U.S.C. sect. 321 (m)
189. allgemeine Zuständigkeit bei anderen Produkten
gemäß sect. 5 (a) FTCA auch bei " labels "
und " labeling ",
Northern Featherworks v. FTC, VI S. & C. 21,
22, 3rd Circ. 1956

als ausschließliche konzipiert war 190. Durch die Generalklausel der sect. 5 (a) FTCA waren schon vor dem Erlaß des Wheeler-Lea-Amendments täuschende Anhänger und Beschriftungen auf den betreffenden Warengattungen erfaßt worden 191.; diese Praxis ist auch nach 1938 aufrechterhalten worden 192. Um Zuständigkeitskonflikte sowie eine doppelte Verfolgung zu vermeiden, wurde 1954 eine Verwaltungsvereinbarung zwischen den betroffenen Behörden geschlossen 193., wonach ein Informationsaustausch über das jeweils zu eröffnende Verfahren geführt wird 194.

2. Die Bedeutung einer Werbebehauptung (" meaning ")

a. Die Methode der selbständigen Feststellung des Intelligenzstandards des Werbungsadressaten

Die Bedeutung, mit der eine Werbebehauptung versehen werden kann, wird maßgeblich vom Intelligenzgrad des Werbungsadressaten bestimmt. Betont wird dies innerhalb der Spruchpraxis der FTC da-

190. sect. 15 (a)(1) FTCA; siehe Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1116

191. FTC v. Royal Baking Powder Co., 281 Fed. 744, 752-753, 2nd Circ. 1922

192. Fresh Grown Preserve Corp. v. FTC, 125 F 2nd 917, 919, 2nd Circ. 1942

193. zwischen dem Präsidenten der HEW (Health, Education and Welfare) deren Unterabteilung die FDA ist, und der FTC

194. siehe § 9850, Trade Regulation Reporter, 1954; die Zweckmäßigkeit der Aufteilung ist im Hinblick auf die erweiterten Sanktionsmöglichkeiten der FDA fraglich.

durch, daß sie einen standardisierten Grad der Verbraucherintelligenz, der unabhängig von der Art der gemachten Behauptung und dem angesprochenen Adressatenkreis ist, aufgestellt hat.

Die Bedeutung einer Behauptung wird nicht mehr nach der Beurteilung durch den vernünftigen Durchschnittskäufer ermittelt, sondern nach dem administrativen Standard der Schutzwürdigkeit auch des unterdurchschnittlich intelligenten und des besonders leichtgläubigen Käufers festgelegt.

aa. Der Standard des Rechts der unerlaubten Handlung
Das Zivilrecht schützte innerhalb der Tatbestände

der unerlaubten Handlung nur den vernünftigen Durchschnittsverbraucher (" reasonable man ")

195. Auch die FTC war längere Zeit von der Geltung dieses Grundsatzes ausgegangen, wenn sie ihn auch etwas abgewandelt hatte. Nach der Entscheidung Berkey & Gay Furniture Co. 196. waren Verbraucher ohne einen Mindestumfang von Kenntnissen (" grossly uninformed ") zumindest dann nicht schutzwürdig, wenn die Ware nicht schlechter war als angepriesen.

Ansonsten hatte auch die FTC auf den Durchschnittskäufer abgestellt (" ordinary standards of intelligence ") 197.

195. Rogers, Good Will, Trademarks and Unfair Trading, 65,67 (1914)

196. 42 F 2nd 427, 430, 6th Circ. 1930

197. John C. Winston Co. v. FTC, 3 F 2nd 961, 962, 3rd Circ. 1925; Ostermoor v. FTC, 16 F 2nd 962, 964, 2nd Circ. 1927

- bb. Der heute geltende Standard der FTC: Schutz auch für geistig Minderbemittelte (" protection of fools ") 198.?

Ein Hort für geistig Minderbemittelte geworden zu sein, ist der FTC des öfteren vorgeworfen worden.

Ob die Spruchpraxis der FTC im Hinblick auf den schutzwürdigen Intelligenzstandard diesen Vorwurf rechtfertigt, kann nur eine Darstellung im einzelnen zeigen.

Die Abkehr von dem dargestellten Prinzip der unerlaubten Handlung vollzog sich bereits mit der Entscheidung FTC v. Standard Education Society 199.

" the fact, that a false statement may be obviously false to those who are trained and experienced does not change its character, nor take away the power to deceive others, less experienced. There is no duty resting upon the citizen to suspect the honesty of those with whom he transacts business ... laws are made to protect the trusting as well as the suspicious " 200.

Diese Kehrtwendung gelang nicht ohne spürbaren Ruck - noch hatte das Berufungsgericht, wenn es auch in der Frage der Täuschung mit dem Supreme Court übereinstimmte, eine Konzentrierung auf wesentlichere Probleme, insbes. was den Eintritt eines Schadens anbetraf, vorgeschlagen:

" we cannot take seriously the suggestion that a man, who is buying a set of books and a

198. George J. Alexander, Honesty and Competition, p. 6 (1967)

199. 302 US 112, 1937

200. no. 116

ten year's extension service will be fatuous enough to be mislead by the mere statement that the first is given away and that he is paying only for the second. Nor can we conceive, how he could be damaged, were he to suppose that that was true " 201.

Ohne Berücksichtigung dieser durchaus begründeten Argumentation wurde die Auffassung des Supreme Court in FTC v. Standard Education Society zur Magna Charta 202. der Spruchpraxis der FTC und damit auch auf Sachverhalte angewandt, für die der mehr theoretische Standard an sich nicht mehr gedacht war 203.

In der Folgezeit brachten Entscheidungen der Berufungsgerichte noch andere Varianten: Adressanten ohne jegliche Bildung oder Ausbildung (" persons of forgotten or neglected education ") 204. oder ohne einen Mindestumfang an Kenntnissen (" the most ignorant or unsuspecting purchaser ") 205. Die Extremgrenze des Prinzips der Schutzwürdigkeit auch des unintelligenten Verbrauchers wurde in der Entscheidung General Motors Corp. v. FTC 206. erreicht:

" in the words of the prophet Isaiah, wayfaring men, though fools, shall not err therein " 207.

-
201. Standard Education Society v. FTC, 86 F 2nd 692, 695-696, 2nd Circ. 1936, Justice Learned Hand
202. George J. Alexander, siehe Anm. 198., Introduction XV
203. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. p. 458
204. D.D.D. Corp. v. FTC, 125 F 2nd 679, 681, 7th Circ. 1942;
Aronberg v. FTC, 132 F 2nd 165, 167, 7th Circ. 1942
205. Progress Tailoring Co. v. FTC, 153 F 2nd 103, 105, 7th Circ. 1946
206. 114 F 2nd 33, 2nd Circ. 1940
207. siehe Anm. 206. p. 36

Abgesehen von solch negativ extremen Abgrenzungen haben andere Entscheidungen, was die theoretische Formulierung des Standards anbelangt, brauchbarere Kriterien aufgestellt, so z.B. die Entscheidung Charles of the Ritz Distributors Corp. v. FTC 208.:

" the law was not made for the protection of experts, but for the public - that vast multitude, which includes the ignorant, the unthinking and the credulous " 209.

Insbes. wenn, wie hier, nicht auf einen abstrakten Intelligenzstandard abgestellt wird, sondern mehr auf die üblichen Verkaufsumstände Rücksicht genommen wird 210., ist den entwickelten Maßstäben der Schutzwürdigkeit zuzustimmen: der Käufer darf sich von Eindrücken leiten lassen 211., es trifft ihn keine Untersuchungs- und Bewertungspflicht hinsichtlich des Kaufgegenstandes mehr 212. und er braucht keine Rechtserfahrung zu haben 213.

208. 143 F 2nd 676, 2nd Circ. 1944

209. siehe Anm. 208. pp. 679-680

210. siehe Anm. 208. pp. 679-680; Aronberg v. FTC, 132 F. 2nd 165, 167, 9th Circ. 1945, " they do not stop to analyze, but too often are governed by appearances and general impressions "; Parker Pen Co. v. FTC, 159 F 2nd 509, 511, 7th Circ. 1946, " casual and negligent reader "

211. Stanley Laboratories v. FTC, 138 F 2nd 388, 392, 9th Circ. 1943, " impressions are the primary targets of ad men "

212. National Silver Co. v. FTC, 88 F 2nd 425, 427, 2nd Circ., 1937

213. Consolidated Book Publishers v. FTC, 53 F 2nd 942, 944,, 7th Circ. 1931

Die wirkliche Tragweite des jeweils variablen Intelligenzstandards ergibt sich allerdings erst aus der Anwendung auf den jeweiligen Sachverhalt.

In der Entscheidung Gelb v. FTC 214. verbot die FTC den Werbespruch, daß Haar dauerhaft getönt werde, weil der Käufer hier glauben könne, daß damit auch erst nachwachsendes Haar gemeint sei. Auch der Sachverhalt in der Entscheidung Charles of the Ritz Distributors Corp. v. FTC 215. läßt Zweifel an der Zweckmäßigkeit eines Schutzes aufkommen: die Bezeichnung für eine Hautcreme "Rejuvenescence" wurde, weil sie für viele die Möglichkeit einer tatsächlichen Verjüngung implizieren könnte, wegen Täuschung verboten.

Im Gegensatz dazu wäre die Statuierung des wohl niedrigst denkbaren Intelligenzstandards in der Entscheidung General Motors Corp. v. FTC 216. nicht notwendig gewesen, weil vom Sachverhalt her gesehen die Gefahr einer Täuschung selbst des Durchschnittskäufers nahe gelegen hat. Der Slogan "6 % finance charge" kann, auch wenn erklärt wird, daß es sich um keine 6 %ige Zinsbelastung handle, entweder als Vereinbarung über eine Raten-

214. 144 F 2nd 580, 2nd Circ. 1944

215. siehe Anm. 208., pp. 679-680: "mean that that is one of the modern miracles and is something which would actually cause her youth to be restored"

216. siehe Anm. 206., p. 36

zahlung verstanden werden, wobei die Zinsen vom noch jeweils nach Abzug der bezahlten Raten verbleibenden Schuldbetrag errechnet werden oder als vom Beginn der Ratenzahlung an fixe, gleichbleibende, am Gesamtdarlehensbetrag orientierte Zinsbelastung.

Sämtliche geschilderten Varianten des Intelligenzstandards haben nebeneinander Bestand. Wenn auch besonders häufig die Entscheidung FTC v. Standard Education Society zitiert wird, so hat die FTC sich auf keine bestimmte Abstufung festgelegt.

Als eine Ablösung zumindest des extrem niedrigen Intelligenzstandards muß die Entscheidung Heinz W. Kirchner gewertet werden 217. In diesem Fall ging es um eine Schwimmhilfe, die unter dem Badeanzug getragen werden konnte und die Werbung des Herstellers, in der behauptet wurde, daß die Schwimmhilfe dünn und unsichtbar sei. Die Klage richtete sich gegen die Angabe, daß die Schwimmhilfe " unsichtbar " sei 218., die FTC lehnte jedoch letztlich den Erlaß einer dem Klagebegehren entsprechenden Unterlassungsverfügung ab:

" to be sure, Swim-Ezy is not invisible or impalpable or dimensionless and to anyone who so understood the representation, it would be false ... the responsibility of the Commission is to prevent deception of the credulous and gullible ... this prin-

217. 63 FTC 1282, 1963

218. siehe Anm. 217. pp. 1286-1287

ciple loses its validity ... if pushed to an absurd extreme. An advertiser cannot be charged with liability with respect to every conceivably misconception, however, outlandish, to which his representation might be subject among the foolish and feeble-minded " 219.

Die Entscheidung bedeutet keineswegs eine Abkehr vom Schutz auch des unterdurchschnittlich intelligenten Verbrauchers 220. und Schwierigkeiten der Abgrenzung werden unvermeidlich wohl immer auftreten.

Die Werbung der Quaker Oats Co. 221. " Chuck Wagon Charcoal Briquets " mit dem Zusatz " hickory-kissed flavour " 222. für Brennmaterial, das aus Maiskolben und nicht aus Holzrückständen 223. bestand, wurde trotz der möglichen Annahme einzelner Verbraucher, daß es sich um ein Holzprodukt handle, zugelassen 224.

In einer kürzlichen Klage gegen die Coca-Cola Co.

-
219. siehe Anm. 217. pp. 1289-1290, aff' Heinz W. Kirchner v. FTC, VII S. & C. 1018, 9th Circ. 1964; wo allerdings die Grenze zwischen den " credulous " und " feeble-minded " oder " ignorant " und " foolish " liegt, begründet die ganze Schwierigkeit des Einzelfalls.
220. siehe z.B. § 16.721, Papercraft Corp., Dkt. 8489, 12/24/63, concurring opinion of Commissioner Mac Intyre, at 21.657
221. 63 FTC 2017, 1963
222. 10 % Hickoryholz wurde der angenehmen Geruchsbildung wegen bei Holz zum Grillen von Speisen zugefügt.
223. Holzkohle kann aus mehreren Materialien, wie z.B. Tierknochen oder Mineralien bestehen, sie muß nicht aus Holz entstehen.
224. siehe Anm. 221. p. 2023, Klageabweisung; siehe aber die dissents der Commissioner Anderson und Mac Intyre, p. 202

225. wurde auf den Intelligenzstandard des Durchschnittskäufers zurückgegriffen, allerdings nur um zu begründen, daß bereits dieser getäuscht wurde.

cc. Kritik an dem von der FTC gewählten Intelligenzstandard

Von Zeit zu Zeit sind untragbare Interpretationen sowohl von den einzelnen Commissioners selbst 226. als auch von den Gerichten zurückgewiesen 227. und glossiert worden.

Ansonsten zeigen die Gerichte gegenüber dem administrativen Standard eine generelle Nachgiebigkeit, die auf eine praktische Aufgabe der bereits beschränkten 228. richterlichen Prüfungskompetenz hinauslief.

Doch auch in der Literatur wird ganz überwiegend die Meinung vertreten, die FTC habe mit ihrer Festsetzung des Intelligenzgrads mit wenigen Ausnahmen das notwendige Fingerspitzengefühl bewie-

-
225. § 19.290, prop. complaint, File No. 702 3104, 7/1/70
226. Commissioner Mason in Independent Directory Corp., 47 FTC 13, 31, 1950: kein Schutz für "Mortimer Snerds"
227. Allan B. Wrisley Co. v. FTC, 113 F 2nd 437, 440, 7th Circ. 1940, "Palm & Olive Oil Soap" bedeute 100 % Olivenöl. Die Entscheidung Buchsbaum v. FTC, 160 F 2nd 121, 123, 7th Circ. 1947, ist ein Einzelfall, in dem der von der FTC gewählte Intelligenzstandard generell angegriffen wurde. Wenig Anwendungsbereich fand auch der Standard der adäquaten Wahrscheinlichkeit einer Täuschungsgefahr in der Entscheidung Herzfeld v. FTC, 140 F 2nd 207, 208, 2nd Circ. 1944 ("fair probability")
228. siehe hierzu bei Beweis der Bedeutung einer Werbebe-
hauptung S. 169 - 170

sen 229. Die teils zweifelhaften Ergebnisse werden mit dem überwiegenden Interesse am Schutz auch kleinerer Konsumentengruppen und der Wahrscheinlichkeit, daß bei Zulässigkeit der Täuschung auch nur weniger Gruppen geschickte Werbung gerade diese " Lücke " ausnützen könne, begründet:

" deception of an extremely small portion of consumers should not be considered significant enough to outweigh the interest in continuing the advertisement even if reasonable modifications are possible. Any effort thus to limit the range of persons protected may, however, risk to open a loophole in law. If FTC investigators can discover the unreasonable reactions of a minority of consumers, advertisers could also find it and plan systematically to exploit it, hoping to deceive small, but commercially significant numbers " 230.

Diese einseitige Interessenabwägung zugunsten einer Minorität bringt für die Majorität derjenigen Verbraucher, die durch eine bestimmte Behauptung nicht getäuscht werden, Nachteile mit sich, von denen fraglich ist, ob sie durch den Minderheitenschutz gerechtfertigt werden können.

-
229. M. Howard, Legal Aspects of Marketing, 110, 128 (1964); Greyser and Bauer, Americans and Advertising, Thirty Years of Public Opinion, 30 Public Opinion Quarterly 69, 78, (1960); Glen E. Weston, Deceptive Advertising and the FTC, The Decline of Caveat-Emptor, 24 Fed. BJ 548, 556, (1964); Francis J. Charlton, William A. Fawcett, The FTC and False Advertising, 17 Kans. L.Rev. 559, 617, (1969)
230. siehe Notes, Developments in the Law, Anm. II.4. pp. 1042-1043

Diese negativen Aspekte wurden ausführlich von George J. Alexander 231. durchleuchtet. Die Schwierigkeit, eine Werbung aufzustellen, die angesichts der Auslegung in jeder denkbaren Richtung sich zu einer Art Gefährdungshaftung 232. des Werbenden entwickelt, bedingt eine Flucht des Werbenden in die nichtssagende und nichtinformativische Werbung 233.

Die Ausbalancierung des geschilderten Interessenkonflikts sah man bisher in der Möglichkeit der Anordnung von die Interessen der Majorität nicht beeinträchtigenden, aufklärenden Zusätzen zu einer lediglich die Minorität der Verbraucher irre-führenden Behauptung 234.

Das Problem der Forcierung nichtinformativischer Werbung kann hierdurch jedoch nicht gelöst werden, weil die Zusätze, wenn der Werbende nicht schon auf nichtssagende und darum nicht einer Qualifikation bedürftige Werbung ausweicht, nichts anderes bringen, als dem Großteil der Verbraucher selbstverständlich ist.

Von weiterer Bedeutung ist der Effekt des Verbots der Verwendung traditioneller Bezeichnungen für billigere oder Ersatzartikel, durch die der Groß-

231. siehe Anm. 198.

232. siehe Anm. 198.

233. siehe Anm. 198, pp. 21-22

234. Notes, Developments in the Law, Anm. II.4.
p. 1042

teil der Verbraucher nicht über die tatsächliche Warenbeschaffenheit getäuscht wird, als eine der wesentlichen Ursachen künstlicher Produktdifferenzierung mit ihren heute als wettbewerbsbeschränkend erkannten Folgen 235.

Mit der Verpflichtung zur Aufnahme von aufklärenden Zusätzen werden den betroffenen Herstellern werbeunwirksame Bezeichnungen aufgedrängt, die die unerwünschten Produktdifferenzierungen zwischen auswechselbaren Artikeln noch verschärfen.

b. Die Berücksichtigung des Adressaten der Werbung

Wegen der Methode der selbständigen Feststellung des Intelligenzgrades 236. der Werbungsadressaten wird eine besondere Berücksichtigung des speziell angesprochenen Kreises allgemein nicht für notwendig gehalten und in das Standardverfahren nicht mit einbezogen.

aa. Adressierung an das Publikum im allgemeinen

Eine Gruppenanalyse in der Form, daß untersucht wird, ob sich die Werbung an einfache Leute oder

-
235. siehe hierzu ausführlich bei : George J. Alexander, Anm. 198. p. 79: " when cases of false representations of product designations or product descriptions involve clear-cut falsity, one may well reject the relevance of the anticompetitive result of prohibiting the use of the name. When the case is more complex, antitrust-like considerations ought to be given less cavalier consideration "
236. Zur Ungeeignetheit dieser Methode siehe Ernest Gellhorn, Proof of Consumer Deception Before the FTC, 17 Kans.L.Rev. 559, 563, (1969)

einen intellektuell höher stehenden Personenkreis richtet, wird nicht durchgeführt 237. Auch wenn der Adressatenkreis aus allgemein gebildeten oder auch in fachlicher Hinsicht vorgebildeten Personen besteht, wird dennoch der niedrige Intelligenzstandard angewandt 238. In begrenztem Ausmaß hatte sich bereits früher von diesem Grundsatz eine Ausnahme dann herausgebildet, wenn sich die Werbung an einen besonders schutzwürdigen Personenkreis wandte, bei dem die Gefahr einer Täuschung aufgrund der Umstände höher zu veranschlagen war, so z.B. bei Kranken beim Kauf von Medikamenten 239. oder Frauen, deren Menstruation ausgesetzt hatte, beim Kauf von Regulierungspräparaten 240. Heute besteht eine verstärkte Tendenz zur Beachtung solcher persönlicher Faktoren bei der Ermittlung der Bedeutung der Werbebehauptung, so z.B. der Hilfsbedürftigkeit alter Leute beim Kauf von Hörgeräten 241. oder der Unkenntnis von Kindern beim Kauf von Spielzeug 242.

-
237. George J. Alexander, siehe Anm. 198., p. 11
238. Exposition Press v. FTC, VII S. & C. 240, 244, 2nd Circ. 1961, Begriff "royalty" als irreführend für Schriftsteller.
239. FTC v. Raladam Co., 24 FTC 475, 494, 1937; aff' 283 US 643, 646, 1931; bei Käufern von Kosmetikartikeln wird die Eitelkeit geschützt: Stauffer Laboratories v. FTC, VII S. & C. 1133, 1144, 9th Circ. 1965: Werbung für Vibrationsgeräte, abgestellt auf Gemütsverfassung zu dicker Frauen.
240. Doris Savitch Co., 50 FTC 828, 834, 1954, aff' Doris Savitch v. FTC, V S. & C. 727, 2nd Circ. 1955
241. § 19.627 Mather Hearing Aid Distributors, Dkt. 8791, 4/29/71
242. § 19.850 Topper Corp., Dkt. C.-2073, 11/1/71

Die Wirkung der Werbebehauptung auf einen abgrenzbaren Personenkreis wird allerdings manchmal dann ermittelt, wenn sich die Werbung naturgemäß nur an einen bestimmten Teil, so z.B. an Geschäftsleute, wenden kann 243.

bb. Adressierung an Fachleute

Werbung, die ausschließlich an Fachleute gerichtet ist und auch nur für solche Personen bedeutsam sein kann, ist nach deren Verständnis zu beurteilen, so z.B. bei komplizierten Überwachungsgeräten für Relais, die nur von Spezialisten gekauft werden 244. oder Entwässerungsanlagen 245. Besteht jedoch eine Möglichkeit, daß die Werbung an das breite Publikum gelangt und kann dieses auch als Käufer in Betracht kommen, entscheidet wiederum dessen Verständnis, so z.B., wenn in medizinischen Fachzeitschriften Werbung für Ärzte enthalten ist, jedoch die Zeitschrift auch Verbrauchern zugänglich ist 246. Da ein Zwischenhändler

-
243. FTC v. Civil Service Training Bureaus, 79 F 2nd 113, 6th Circ. 1935; 19 FTC 166, 175, 1934; dies gilt nicht, wenn aus dem allgemeinen Publikum Personen mit besonderen Neigungen angesprochen werden sollen, z.B. Werbung für eine Beamtenlaufbahn. Independent Directory Co. v. FTC, V S. & C. 227, 280, 2nd Circ. 1951: "busy businessman"
244. § 19.516 Brice Co., advisory opinion, 3/4/71
245. Moretrench Corp. v. FTC, 127 F 2nd 792, 795, 2nd Circ. 1942; oder wenn eine ganz bestimmte Berufssparte angesprochen ist, z.B. Arnold Stone Co. v. FTC, 49 F 2nd 1017, 1018, 5th Circ. 1931, "architects, contractors, builders"
246. Koch v. FTC, V S. & C. 552, 558, 6th Circ. 1953

der von einer bestimmten Werbung des Herstellers nicht getäuscht wird, die Ware naturgemäß im Rahmen des Vertriebs an Verbraucher weitergibt, ist maßgeblich allein die mögliche Täuschung des Letztverbrauchers 247.

cc. Die erforderliche Prozentzahl der getäuschten Abnehmer

Die von der FTC im Hinblick auf eine erforderliche Prozentzahl von getäuschten Abnehmern festgelegten Sätze sind nahezu theoretischer Natur; im Zusammenhang mit dem behördlichen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung der Bedeutung einer Werbebehauptung 248. und mit dem Grundsatz, daß ein Nachweis der täuschenden Bedeutung durch Verbraucherumfragen oder -aussagen nicht geführt zu werden braucht 249., kommt es auf die tatsächlich getäuschte Anzahl nicht an. Die FTC hat entschieden, daß ein nicht unerheblicher oder beachtlicher Kreis getäuscht werden muß (" appreciable or measurable segment ") 250. Was darunter verstanden werden könnte, hat die FTC in einigen zahlenmäßigen Entscheidungen angedeutet, ohne daß die Festlegung auf eine bestimmte Prozentzahl möglich wäre. In der Entscheidung Book-of-

247. Winsted Hosiery Co. v. FTC, 258 US 483, 494, 1922

248. siehe hierzu ausführlicher S. 169

249. siehe hierzu ausführlicher S. 173 - 174

250. Maurice J. Feil v. FTC, VI S. & C. 875, 892,
9th Circ. 1960, footnote 19

the-Month-Club wurde eine Anzahl von 10 % als ausreichend betrachtet 251., in der Entscheidung Benrus Watch Co. genügten 14 % 252. und in der Entscheidung Rhodes Pharmacal Co. sogar schon 9 % 253.

c. Allgemeine Regeln zur Auslegung einer Werbebe-
hauptung

Die Verwirklichung des Verbraucherschutzes innerhalb eines Systems, in dem der Täuschungsstandard eine maßgebliche Rolle spielt, hängt letztlich entscheidend von dem Umfang ab 254., in dem Werbebehauptungen zugunsten des Verbrauchers ausgelegt werden. Das hierbei zu bewältigende Problem hat Milton Handler bereits im Jahre 1939 deutlich angesprochen:

" the skillfull advertiser can mislead the consumer without misstating a single fact. The shrewd use of exaggeration, innuendo, ambiguity, and halftruth is more efficacious from the advertiser's standpoint than factual assertions. Facts are dull and dangerous, exaggerations are vivid, attractive and privileged " 255.

-
251. 48 FTC 1297, 1952, aff' Book-of-the-Month-Club v. FTC, V S. & C. 508, 509, 2nd Circ. 1953
252. 64 FTC 1018, 1044-1045, 1964;
Benrus Watch Co. v. FTC. VII S. & C. 1386, 1395,
8th Circ. 1965: "to a substantial percentage of
the watch buying public"
253. Rhodes Pharmacal Co. v. FTC, V S. & C. 582, 588, 589,
7th Circ. 1953
254. daneben natürlich auch noch von anderen Momenten wie
der Relevanz des Kausalzusammenhangs und den Beweis-
forderungen.
255. The Control of False Advertising under the Wheeler-
Lea Act., 91, 99-100, (1939)

Ob die FTC es lösen konnte, soll sich aus den folgenden Ausführungen ergeben.

aa. Die einzelnen Grundregeln zur Interpretation aller Arten von Werbebehauptungen 256.

aaa. Die Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck (" general impression rule ")

Feststehender Grundsatz der Spruchpraxis der FTC ist, daß eine Werbebehauptung nicht sorgfältig mit dem Lexikon zur Hand in ihre Einzelteile zerlegt werden darf, sondern daß die Bedeutung an der einheitlichen Reaktion des Publikums gemessen werden muß 257.

Hierbei wird berücksichtigt, daß das Publikum nicht jedes Wort auf die Goldwaage legt 258. und aus der Werbung naheliegende, berechtignte Schlußfolgerungen zieht:

" the ultimate impression upon the mind of the reader arises from the total sum of not only what is said, but also of all that is reasonably implied " 259.

Das Prinzip der Beurteilung nach dem Gesamteindruck muß dort seine Grenze finden, wo das Verbot der Auslegung einzelner Worte und

256. siehe hierzu allgemein Earl W. Kintner, The FTC Regulation of False Advertising, 64 Mich. L. Rev. 1274, 1280-1281 (1966); Glen E. Weston, siehe Anm. 229. pp. 555-557

257. FTC v. Sterling Drug Co., VII S. & C. 683, 689, 2nd Circ. 1963, "the entire mosaic should be viewed rather than each tile separately"

258. Ray S. Kalwajtys v. FTC, VI S. & C. 72, 75, 7th Circ. 1956

259. Aronberg v. FTC, 132 F 2nd 165, 167, 7th Circ. 1962

Satzteile dazu führen würde, eine wahre und präzise Werbung, die Wesentliches übermittelt, zu verbieten. In der Entscheidung Sterling Drug Co. 260. legte die FTC die Behauptung " government supported medical team " als " government approved " aus, " reported in the Journal of American Medical Association " als " endorsed by ----- " und verschloß damit der beklagten Gesellschaft, die mit einer staatlich geförderten Untersuchung über Schmerzmittel für ihr Präparat geworben hatte, einen Bezug auf deren Ergebnisse. Die Gerichte hoben die Unterlassungsverfügung der FTC mit der Begründung auf 261., daß die Werbung wahr sei und eine andere Ausdrucksmöglichkeit nicht zumutbar sei.

- bbb. Technische Richtigkeit einzelner Worte oder Satzteile keine Einrede (" literal truth ")
Die Unzulässigkeit dieser Einrede als notwendige Folge des Grundsatzes der Beurteilung nach dem Gesamteindruck 262., wurde vor kurzem nochmals in der Entscheidung J.B. Williams Co. v. FTC 263. bestätigt:

" the Commission need not confine itself

260. 64 FTC 898, 900-901, 1964

261. FTC v. Sterling Drug Co. v. FTC, VII S. & C. 655, 660, U.St. D.C. S.D.N.Y. 1963; Sterling Drug Co. v. FTC, VII S. & C. 683, 691-694, 2nd Circ. 1963

262. D.D.D. Corp. v. FTC, 125 F 2nd 679, 682, 4th Circ. 1942; Koch v. FTC, V S. & C. 552, 562, 6th Circ. 1953

263. J.B. Williams Co. v. FTC, 1967 Supplem. S. & C. 524, 6th Circ. 1967

to the literal meaning of the words used, but may look to the overall impact of the entire commercial" 264.

Neben dem Verbot des Herausreißen einzelner Satzteile oder Worte aus ihrem Zusammenhang ist auch ein Verbot der Täuschung durch Halbwahrheiten aufgestellt worden, das am deutlichsten in der Entscheidung Lorillard Co. v. FTC Ausdruck findet 265. In der Zeitschrift "Reader's Digest" war die Gefährlichkeit verschiedener Zigarettensorten aufgrund von Labortests nachgewiesen worden, wobei aus einer abgedruckten Tabelle ersichtlich war, daß die Zigarettensorte "Old Gold" der beklagten Gesellschaft den niedrigsten Teer- und Nikotingehalt aufwies. Die Abweichung von den Werten anderer Sorten war jedoch so geringfügig, daß sie auf die Schädlichkeit keinerlei Auswirkung haben konnte. Die Werbung der Lorillard Co. enthielt den Hinweis, daß nach den Testergebnissen "Old Gold"-Zigaretten den geringsten Teer- und Nikotingehalt aufwiesen. Dazu das Berufungsgericht:

" a perversion which results in the use of the truth in such a way as to cause the reader to believe the exact opposite of what is intended by the writer ... " 266.

264. siehe Anm. 263.p. 530

265. V. S. & C. 210, 4th Circ. 1950

266. siehe Anm. 265.p. 217

Der Gehalt der Entscheidung liegt im Verbot des Mißbrauchs wahrer, jedoch unvollständiger Behauptungen:

" cannot excuse the deception by relying on the partial truth by which it has been accomplished " 267.

Wenn auch die beiden Grundregeln klar und lückenlos ineinander zu greifen scheinen, hat die FTC die eine, dann die andere, nach Belieben herangezogen 268. Je komplizierter der zu übermittelnde Inhalt einer Werbung ist, desto weniger ist es im Interesse eines wirksamen Schutzes möglich 269., auf den Gesamteindruck beim Publikum abzustellen, da differenzierte Mitteilungen immer nur in Einzelteilen der Werbung ausgebildet werden können.

bb. Die Auslegung der einzelnen Arten von Werbebehauptungen 270.

267. siehe Anm. 265. p. 219

268. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. p. 465

269. Insbesondere im Hinblick auf Werbung mit gesundheitsschädlichen oder gefährlichen Artikeln. Die Entscheidung Sterling Drug Co. v. FTC, siehe Anm. 261., die im Hinblick auf die Entwicklung zweckmäßiger Grenzen der Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck ausbaufähig wäre, wird mehr als "Ausrutscher" betrachtet, siehe Notes, Developments in the Law, Anm.

270. zu den Arten täuschender Behauptungen siehe Gerald J. Thain, What is Deception? siehe Anm. II.123.

aaa. Die zweideutige Behauptung (" ambiguous representation ")

In vielen Fällen hat die täuschende Behauptung eine eindeutige Bedeutung, die ohne weiteres allen Verbrauchern diesselbe Aussage übermittelt. Heute werden jedoch vielfach eine eindeutige Interpretation nicht zulassende Behauptungen, die eine nicht der Wirklichkeit entsprechende, für den Verbraucher besonders günstige Gestaltung nahelegen, gewählt.

Zweideutige Behauptungen können einmal dadurch entstehen, daß ein - und dasselbe Wort verschieden ausgelegt werden kann wie z.B. im Fall Gelb v. FTC 271., wo der Begriff " dauerhafte Haartönung " nicht nur auf vorhandenes, sondern auch auf erst nachwachsendes Haar bezogen wurde. Die Zweideutigkeit kann auch durch sonstige Begleitumstände wie Werbeslogans 272. oder Anlehnung in der Aufmachung oder im Wortlaut der Bezeichnung an ein höherwertiges Produkt 273. hervorgerufen werden.

271. siehe Anm. 214.

272. London Handkerchief Co., 40 FTC 291, 294, 1945, "Hanks for Yanks" sowie versiegelte Packungen täuschten eine hochwertige Qualität der minderwertigen Taschentücher vor.

273. American Cord & Webbing Co., 32 FTC 259, 367, 1941, Warenzeichen "Lintex" u. "Siltex" für Gewebe ohne Leinen und Seide

In die Kategorie zweideutiger Behauptungen reiht die FTC auch die Aufforderung an den Adressaten, " zwischen den Zeilen zu lesen " ein, mit der Folge, daß die offiziell gebrauchte Bedeutung nur als Scheinbedeutung behandelt wird 274.

Bei den grundsätzlichen Konzeptionen des FTCA als Verbraucherschutzgesetz 275. kann die Entscheidung nur dahin lauten, daß dem Verbraucher keine Verpflichtung auferlegt werden kann, herauszufinden, welche von zwei möglichen Bedeutungen die richtige ist 276. Deshalb gilt der Grundsatz: hat eine Werbebehauptung zwei Bedeutungen, von denen eine täuschend ist, wird sie zu ungunsten des Werbenden ausgelegt 277.

Entscheidend ist nicht, welche Behauptung die plausiblere Bedeutung hat, sondern ob die weitere Bedeutung überhaupt denkbar ist. In der bereits erwähnten Entscheidung Continental Wax Corp. v. FTC 278. bezeichnete die beklagte Ge-

-
274. Doris Savitch Co., siehe Anm. 240. p. 834, Werbung "at least it can be sold - don't risk disaster", um Verkauf eines verbotenen Abtreibungsmittels anzudeuten, aff' Doris Savitch Co. v. FTC, V S. & C. 727, 728, 2nd Circ. 1955
275. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. pp. 1043-44
276. Das Risiko wird in der Entscheidung S. Buchsbaum & Co. v. FTC, 160 F 2nd 121, 123, 7th Circ. 1947 auf den Verbraucher überwälzt.
277. Murray Space Shoe Corp. v. FTC, VII S. & C. 480, 482-483, 2nd Circ. 1962
278. siehe Anm. 153. p. 892

sellschaft ihr Bodenpflegemittel als " Six Month Floor Wax ". Die FTC legte dies als Behauptung, daß das Pflegemittel Böden 6 Monate lang ohne weiteres Zutun glänzend und sauber halte, aus, wogegen eingewandt wurde, daß nach verständiger Interpretation damit nur ein Haften des Wachses über einen Zeitraum von 6 Monaten gemeint sein könne. Die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn Begriffe für den Großteil der Verbraucher eindeutige, feststehende Bedeutungen haben und der Werbende sie guten Glaubens verwendet, liegen auf der Hand; vorrangig bleibt hier jedoch der Schutz auch einer Minorität getäuschter Verbraucher:

" if the advertisement is capable of two meanings, one of which is false, it is misleading ... the order must be upheld, even though the term might have performed a different and lawful function " 279.

Im Zusammenhang mit der Suche nach formellen und wenig plausiblen Bedeutungen einer Bezeichnung muß die FTC notwendigerweise in Konflikt mit der Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck geraten. Deutlich zeigt dies die Entscheidung Burns Cuboid Co. v. FTC 280. Der Begriff " Gleichgewicht " im Zusammenhang mit der Wirkung eines orthopädischen Schuhs wurde nach

279. Giant Food Inc. v. FTC, VII S. & C. 710, 716, D.C. Circ. 1963

280. VI S. & C. 582, 9th Circ. 1956

dessen medizinischer Bedeutung ausgelegt, während das Berufungsgericht ganz richtig darauf hinwies, daß bei Berücksichtigung der gesamten Werbung nur eindeutig die Auslegung, daß " der Schuh paßt ", veranlaßt sei 281. Die Befugnis der FTC, eindeutige Begriffe in Überspannung des Verbraucherschutzes in zweideutige aufzufächern, ist nicht unbegrenzt. In der bereits erwähnten Entscheidung Sterling Drug Co. v. FTC 282., in der die FTC die Behauptung " government supported " als Hinweis auf staatliche Beihilfen bei der Durchführung einer Studie betr. Schmerzmittel auch als Behauptung auslegte, der Inhalt der Studie sei staatlich gebilligt (" government approved ") zog das Berufungsgericht die Schranken:

" But surely the concise statement of an established fact ... cannot be fairly proscribed by the Commission. The alternatives are complete omission of an admittedly true statement or long-winded qualifications " 283.

In der Entscheidung School Services Inc. 284. wurde der Begriff " educational loan " für einen Ratenzahlungsvertrag zwischen einer Privatschule und ihren Privatschülern ver-

281. siehe Anm. 280. p. 64; zurückgewiesen jedoch vom Supreme Court, 353 US 969, 1957

282. siehe Anm. 260. pp. 900-901

283. Sterling Drug Co. v. FTC, VII S. & C. 683, 691-692, 2nd Circ. 1963

284. § 19.830, Dkt 8729, 10/4/71

boten, weil derselbe Begriff auch für Studienbeihilfen des Staates, die den " harten Geschäftspraktiken entrückt waren " , verwandt wurde.

Trotz gegebener Richtigkeit des Begriffs in der Anwendung waren Verwechslungsmöglichkeiten vorhanden. Auch wenn ein Begriff auf einem bestimmten Sachgebiet eine bestimmte und mithin richtige Bedeutung als Tatsache hat, entscheidet die mögliche Interpretation des Laien. Juristisch völlig einwandfrei im Hinblick auf den Abschluß eines Vertrages über den Besuch eines Lehrkurses enthielt das Aufnahmeformular: " request, that Eastern Detective Academy accept the student's application ", was dem Laien den durch die Unterschrift vollzogenen Vertragsabschluß aber nicht verdeutlichte 285. 286.

Eine mögliche Interpretation des Laien entscheidet auch dann, wenn ein Sachverhalt zwar richtig wiedergegeben ist, er aber entweder rechtlich oder tatsächlich zu komplex ist und der Verbraucher deswegen zu Fehlschlüssen neigt. Die Werbung der

285. § 18.737 Eastern Detective Academy, Dkt 8793, 6/30/71

286. siehe auch die Entscheidung American Home Products v. FTC, 1968 Supplem. S. & C. 832, 837-838, 6th Circ. 1968, Präparat für Hämorrhoiden. Medizinisch gesehen, sind Hämorrhoiden krampfaderartige Venen, der Verbraucher erwartet von einem Heilmittel aber auch Linderungswirkung für betroffene, umliegende Haut- und Gewebeteile.

Ford Motor Co. 287. " six percent plan " im Zusammenhang mit einer Finanzierung von KFZ erklärte deutlichst, was unter dem 6 %igen Finanzierungsplan verstanden werden sollte 288. Ausdrücklich wurde auch noch festgestellt, daß es sich um keinen Zinssatz von 6 % handele.

Bei dem für die finanzierende Gesellschaft äußerst vorteilhaften Teilzahlungsplan wurde bei der Zinsberechnung von der ursprünglichen Darlehenssumme ohne Abzug der geleisteten Teilzahlungen ausgegangen, wogegen die übliche und billigere Finanzierung einen Abzug der getätigten Raten vorsah. Wegen dieses möglichen Schlusses des Verbrauchers auf die letztgenannte Finanzierungsmethode wurde die Werbung verboten 289.

Eine Ausnahme vom Verbot zweideutiger Werbung ist die Zulässigkeit von Begriffen mit zwei anerkannten Bedeutungen - " secondary meaning " 290.

287. 120 F 2nd 175, 6th Circ., cert. den. 314 US 668, 1941

288. siehe Anm. 287. p. 178: "simple as A - B - C; A: Take your unpaid balance, B: Add cost of insurance, C: Multiply by six percent, This new plan provides for convenient time payments of the unpaid balance on your car - it is not a 6% interest, but simply ... a multiplier"

289. siehe Anm. 287. p. 180

290. Nicht zu verwechseln mit der Theorie des "secondary meaning" bei Erlangung der Schutzfähigkeit einer geographischen Bezeichnung wegen ihres Hinweischarakters auf ein bestimmtes Unternehmen, hier gelten andere Voraussetzungen, siehe S. 301 - 302

Die Zweitbedeutung eines Begriffs kann der ursprünglichen, und zwar eindeutigen, Bedeutung völlig widersprechen. Sie kann aber auch eine von der Erstbedeutung abweichende Bedeutung haben, die neben dieser Bestand haben kann. Nach dieser Unterscheidung regeln sich die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Behauptung mit Zweitbedeutung. Werbung mit einer zur Erstbedeutung vollkommen widersprüchlichen Zweitbedeutung ist nur dann zulässig, wenn die später entstandene Zweitbedeutung ebenso allgemein bekannt und anerkannt ist wie die Erstbedeutung.

Maßgeblich ist auch heute noch die Entscheidung der FTC v. Algoma Lumber Co. 291.

" ... if by common acceptance the description, once misused, has acquired a secondary meaning as firmly anchored as the first one. It could not prevail if its evidence was of a quality short of establishing two meanings, with equal titles to legitimacy by force of common acceptance " 292.

Der Schärfe der Beweisanforderung wegen ist dieser Beweis noch keinem der Beklagten gelungen, so daß man über das wirklich erforderliche und ausreichende Maß der Verkehrsvergeltung der Zweitbedeutung nur spekulieren kann. Die Täuschungsgefahr bei Erstbedeutungen wurde bejaht, wenn ca. 9 % der Verbraucher irreführt wurden.

291. 291 US 67, 1934

292. no. 80

Dieser Wert muß bei Zweitbedeutung eindeutig noch unterschritten werden 293.

In der Entscheidung Algoma Lumber Co. wurde Holz, das botanisch der Gruppe der gelben Pinie zugehört, als " California White Pine " verkauft. Die Gruppe der weißen Pinie war wegen ihrer größeren Haltbarkeit und besseren Verarbeitungsmöglichkeit teurer. Trotz Gebrauchs der täuschenden Bezeichnung über einen Zeitraum von über 30 Jahren hinweg scheiterte die Zulässigkeit der Zweitbedeutung an der Tatsache, daß im Handel Bestrebungen im Gange waren, gegen die Verwendung " California White Pine " für Holz der Gruppe der gelben Pinie vorzugehen 294.

In der Entscheidung C. Howard Hunt Pen Co. v. FTC 295. verteidigte sich das beklagte Unternehmen damit, daß der Handel unter " iridium tipped " keine mit dem kostbaren Metall überzogenen Füllfederspitzen mehr verstehe, sondern einen Plastikbelag, der die gleiche Haltbarkeit wie Iridium besitze. Das Gericht untersagte die Verwendung für mit Plastikbelag

293. "... there is no bar through lapse of time to set an industry in order, by removing the occasion for deception or mistake, unless submission has gone so far, that the occasion for misunderstanding or for any so widespread as to be worthy of correction, is already at an end", no. 80

294. no. 80

295. V S. & C. 405, 3rd Circ. 1951

überzogene Federspitzen wegen Täuschung des Verbrauchers 296. 297.

Geht die FTC aufgrund einer von ihr festgestellten Zweitbedeutung einer Werbebehauptung gegen deren Verwendung ohne qualifizierenden Zusatz vor, werden Ausführungen über den erforderlichen Grad von Verkehrsgeltung nicht gemacht, sondern diese als gegeben vorausgesetzt. Die Bezeichnung " Virginia " für Schinken, der weder aus Fleisch von Virginia stammte noch nach der dortigen Herstellungsmethode verarbeitet war, wurde verboten 298.

Haben Erst- und Zweitbedeutung einer Werbeangabe verschiedene Gedankeninhalte, die jedoch nebeneinander Bestand haben, können Zusätze, die die Irreführung von noch auf die Erstbedeutung schließenden Verbrauchern beseitigen, angefügt werden 299. Aus diesem Grund ist auch nicht der hohe Grad von Verkehrsgeltung der Zweitbedeutung erforderlich wie bei in sich widersprüchlichen Bedeutungen. Es genügt, daß ein wesentlicher Teil des Publikums die Zweitbedeutung kennt und

296. siehe Anm. 295. pp. 414-415

297. weitere Fundstellen insbes. für Warenzeichen siehe S. 113 - 114

298. Virginia Products Co., 29 FTC 451, 458, 1939; Lighthouse Rug Co. v. FTC, 35 F 2nd 163, 165, 7th Circ. 1929, "Lighthouse" für Teppiche, die nicht von Blinden hergestellt waren.

299. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. p. 491

akzeptiert 300.

In der Entscheidung Korber Hats Co. 301. wurde " Milan " mit den Qualifizierungen " hemp Milan " bzw. " Milan weave " für Hüte aus billigem Manila-Hanf besonderer Flechtart mit einem charakteristischen Schwung der Krempe gebilligt, obwohl die Bezeichnung für aus Italien stammende Hüte aus Weizenstroh gebräuchlich war. Ebenso kann ein Hersteller von künstlichem Traubensaft die Bezeichnung " Good Grape " mit dem Zusatz " artificially coloured and flavoured " 302. verwenden, da diese auch als Kennzeichnung einer bestimmten Geschmacksrichtung, unabhängig vom echten Fruchtgehalt verstanden wird. Die Werbeangabe " Satinized " oder " Satinmaid " für ein Baumwollgewebe wurde mit dem Zusatz " a cotton fabric " zugelassen, weil Satin neben der ursprünglichen Bedeutung eines Materials aus Seide auch die einer bestimmten Webart, aufgrund deren seidenartiger Glanz erzeugt werden konnte, hatte 303.

-
300. Die Anordnung von Zusätzen an die Zweitbedeutung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen, siehe hierzu S. 203 - 207
301. § 16.651, Dkt. 8190, 6/12/64, Entscheidung ergangen nach der Zurückverweisung in Korber Hats Co., Inc. v. FTC, VII S. & C. 611, 1st Circ. 1962
302. Good Grape Co. v. FTC, 45 F 2nd 70, 72, 6th Circ. 1930; FTC v. Morrissey, 47 F 2nd 101, 103, 7th Circ. 1931
303. N. Flügelman & Co. v. FTC, 37 F 2nd 59, 2nd Circ. 1930

Keinen Erfolg hatte dagegen der mangelnden Verkehrsdurchsetzung wegen die Old Colony Knitting Mills Co. mit ihrer Einwendung, " Shetland " bedeute neben dem Material aus Wolle von aus Irland oder den Shetlandinseln stammenden Schafen auch eine bestimmte Verarbeitungsmethode 304. und könne darum auch für andere Wollarten benützt werden.

Eine Grenze findet die Zulässigkeit einer Zweitbedeutung mit Qualifizierung in dem Fall, in dem die Zweitbedeutung zur betrieblichen Herkunftsangabe geworden ist, und nicht eine neben der Erstbedeutung stehende Beschaffungsangabe ist. Hier sind nur zur Erstbedeutung direkt widersprüchliche Zusätze denkbar. Die Heusner Co. bezeichnete ihre vollständig aus inländischem Tabak gefertigten Zigarren als "Havana Blunts". Die Bezeichnung deutete neben der ausländischen Herkunft auf Zigarren gerade dieses Herstellers mit einer bestimmten Geschmacksrichtung hin. In der ergangenen Unterlassungsverfügung wurde die Zweitbedeutung von der FTC in der Form berücksichtigt, daß die Benutzung der Bezeichnung für eine Übergangszeit von 2 Jahren in unveränderter Form gestattet wurde 305.

304. 34 FTC 577, 583, 1942

305. H.N. Heusner & Sohn v. FTC, 106 F 2nd 596, 597-598, 3rd Circ. 1939

Im Gegensatz hierzu wurde in der Entscheidung Sewell v. FTC die Warenbezeichnung " Cuboid " eines Schuhfabrikanten, die sich zu einer betrieblichen Herkunftsangabe entwickelt hatte, nicht angegriffen, obwohl die Schuhe keinerlei orthopädische Wirkung auf den Fußknochen hatten 306.

bbb. Die vage Behauptung (" vague representation ")
Im Bereich der vagen Behauptung ist es verhältnismäßig schwierig, Grundsätze der Beurteilung aufzustellen, da die Spruchpraxis nicht einheitlich ist.

Die vage Behauptung läßt sich dahin charakterisieren, daß ohne weitere Erklärung eine Auslegung der Behauptung in einer oder auch zwei bestimmten Richtungen überhaupt nicht möglich ist.

Solche vage Behauptungen interpretiert die FTC mit Tendenz zur weitestmöglichen Auslegung zugunsten des Verbrauchers 307.

So erfuhr die Werbung der Carter Products Co.

" Arrid safely stops underarm perspiration "

die Auslegung, daß jede Schweißentwicklung dauerhaft gestoppt werde 308. und der Werbung der

306. VI S. & C. 60, 65, 9th Circ. 1956; 50 FTC 806, 807-813, 1954

307. Dies vermittelt oft den Eindruck, daß die FTC eine zweideutige Behauptung annimmt, weil die weitestgehende Lösung allen anderen denkbaren Lösungen, unter denen nicht weiter differenziert wird, gegenübergestellt wird.

308. 46 FTC 64, 71, 73, 1949; D.D.D. Corp. 34 FTC 1821, 1825, 1942, "relief from itching" als dauerhafte Heilung.

International Parts Corp. " finest quality metallic finish prevents rust and corrosion "

wurde die Bedeutung gegeben, daß jede Rostentwicklung ausgeschlossen sei 309.

Solch extremen Interpretationen sind die Gerichte zum Teil nicht gefolgt und haben in den Behauptungen entweder gar keine Täuschung gesehen 310. oder haben milde Zusätze angeordnet, wie z.B. in der Entscheidung Carter Products Co. v. FTC 311., daß ein täglicher Gebrauch des Deodorants nötig sei bzw., sooft ein Schweißausbruch bemerkbar sei.

Die Entscheidung Rhodes Pharmacal Co. v. FTC 312. wurde als Überwindung der Zurückhaltung der Gerichte hinsichtlich der weiten Interpretation vager Behauptungen gewertet 313. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, weil hier ein unterschiedlicher Sachverhalt insofern vorliegt, als die weite Auslegung eindeutig mit Hilfe der Regel der Interpretation nach dem Gesamteindruck vorgenommen wurde. Die Werbung
" pleasant relief from athritis pain ... ",
" prescribed by many doctors to bring quick,

-
309. 36 FTC 1102, 1104, 1943; 34 FTC 802, 808, 1942
310. International Parts Corp. v. FTC, 125 F 2nd 679, 682, 7th Circ. 1942;
D.D.D. Corp. v. FTC, 125 F 2nd 679, 682, 7th Circ. 1942
311. Carter Products Co. v. FTC, V S. & C. 244, 250, 7th Circ. 1951
312. Rhodes Pharmacal Co. v. FTC, V S. & C. 582, 7th Circ. 1953
313. Notes, Developments in the Law, siehe Anm.II.4. p. 1045

blessed relief " 314. beschränkte sich nicht auf diese Aussage, sondern es wurde, auch wenn das Wort " cure " als eindeutiger Hinweis auf eine dauerhafte Heilung sorgfältig vermieden wurde, diese Schlußfolgerung doch durch Andeutungen nahegelegt: " brings marvellous freedom from pain ", " the aching joints and muscles are a thing of the past " 315.

Die Anwendung des Grundsatzes der Beurteilung nach dem Gesamteindruck ermöglicht die gewünschten und tragbaren Ergebnisse einer Auslegung und vermeidet die Abwägung zwischen einer Skala mehr oder minder wahrscheinlicher Bedeutungen. Dies zeigt auch die Entscheidung Erickson Hair & Scalp Specialists 316., deren Werbung " free your mind from worries about hair loss, dandruff and itching scalp ... by learning to take care of your hair " dahingehend gewertet wurde, daß jede Schuppenbildung dauerhaft abgestellt werden könne.

Neuerdings behandelt die FTC auch Werbung, die zwar keinen bestimmten gedanklichen Inhalt vermittelt, aus der der Verbraucher jedoch eine ganz bestimmte Schlußfolgerung zieht, nach gleichen Grundsätzen.

Die Behauptung, daß ein Reifen sicher (" safe ")

314. "Relief" wird als vager Begriff bezeichnet, der temporäre Erleichterung, Linderung und eventuell sogar Heilung erfassen kann.

315. siehe Anm. 312. pp. 586-587

316. 55 FTC 1305, 1309, 1310, 1050; Erickson Hair & Scalp Specialists v. FTC, VI S. & C. 697, 701, 7th Circ. 1959

sei, wurde dahin ausgelegt, daß die Reifen völlig mangellos und gefahrenfrei in allen denkbaren Gebrauchssituationen seien, wobei ein Zusatz gefordert wurde, daß die Sicherheit eines Reifens von Faktoren wie Reifendruck, Wagengewicht, Abnutzung und Fahrbedingungen abhängig sei 317. 318.

Es gibt jedoch auch vage Behauptungen, bei denen sich nicht feststellen läßt, welche von mehreren denkbaren Interpretationsmöglichkeiten für den Verbraucher im Einzelfall die größten Vorteile bieten würde. In Fällen dieser Art verbietet die FTC, falls nicht eine Konkretisierung in Form eines Zusatzes erfolgt, die Werbung auch ohne Feststellung über die bestmögliche Gestaltung. Als Beispiel sind insbesondere die Werbeangaben anzuführen, in denen ohne jegliche Spezifizierung der Modalität der Gewährleistung nur mit einer " Garantie " geworben wird 319.

Bei anderen vagen Behauptungen wiederum gelangt man selbst mit der Methode der weitestmöglichen Interpretation zugunsten des Verbrauchers zu

317. Firestone Tire & Rubber Co., Dkt. 8818, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, siehe Anm. II.95.

318. Diese an sich schon extreme Interpretation muß auch der Tatsache zugeschrieben werden, daß sie im Sicherheitsbereich erfolgt, innerhalb dessen strengste Anforderungen an den Wahrheitsgehalt gestellt werden, siehe S. 186

319. siehe hierzu S. 282

keinem Ergebnis, weil sich eine Grenze selbst für eine extreme Interpretation kaum finden läßt.

Möglich wäre hier nur eine willkürliche Festlegung der Bedeutung eines vagen Begriffs. Die FTC hat hierbei große Zurückhaltung geübt. 320. Ausnahmen finden sich jedoch auf dem Gebiet der traditionell fixierten Preiswerbung, wo selbst äußerst vage Begriffe wie " savings ", " reduced " mit dem Inhalt der Preisersparnis gegenüber dem früheren Preis des Werbenden versehen wurden 321.

Die FTC steht Versuchen, vage Behauptungen durch Zusätze zu qualifizieren, dann wenig aufgeschlossen gegenüber, wenn dies wegen der Kompliziertheit der Materie oder wegen des dabei für Einzelheiten erforderlichen Umfangs nur schwer möglich ist. Hier wird in Überspannung des Täuschungsstandards brauchbare Information unterdrückt. Die National Casualty Co. warb: " Operations are paid up to \$ 300 " 322. Da dies nach dem Grundsatz der weitestmöglichen Auslegung zugunsten des Verbrauchers eine einzige Begrenzung auf \$ 300 indizierte, wurde die Werbung, da die einzelnen Einschränkungen dort praktisch nicht aufgeführt werden konn-

320. z.B. "expensive", siehe die Einzelentscheidung Dolcin Corp. 53 FTC, 387, 396, 1956" siehe auch neuerdings § 19.761 Union Carbide Corp., Dkt. 8811, 7/26/71

321. siehe hierzu ausführlich bei Preiswerbung S. 355

322. 52 FTC 1385, 1390, 1391, 1956

ten, unterbunden.

Mit ihrer Werbung " surgery from \$ 3 - \$ 150, depending on the seriousness of the operation " wollte die American Hospital Life & Insurance Co. 323. einer solchen Unterlassungsverfügung entgehen, jedoch ohne Erfolg, weil die FTC die Aufklärung noch immer nicht für ausreichend hielt. Dagegen blieb die wirklich inhaltslose Behauptung " have adaequate insurance, when accident happens " 324. unbeanstandet, wobei sich der intendierte Verbraucherschutz ins Gegenteil zu verkehren beginnt. Eine traditionelle Ausnahme im Hinblick auf den Grundsatz der Interpretation zugunsten des Verbrauchers stellen die vagen Vergleiche dar, bei denen das gewählte Vergleichsobjekt nicht identifizierbar ist, so z.B. " 20 % whiter " oder " easier ". Solche Werbung hat die FTC bisher nicht angegriffen 325.

323. 52 FTC 1100, 1105, 1956

324. Postal Live & Insurance Co., 54 FTC 495, 507, 1957

325. George J. Alexander, Anm. 198., p. 83; Warren S. Grimes, Control of Advertising in the United States and Germany, Volkswagen Has a Better Idea, 83 Harr. L. Rev. 1769, 1794-1795 (1971).

Die Unwilligkeit der FTC, vage Vergleiche anzugreifen, rührt wohl aus der Zulässigkeit derselben nach common law: solche Vergleiche waren auch dann zulässig, wenn das eigene Produkt des Werbenden die behaupteten besseren Eigenschaften gar nicht hatte: White v. Mellin A.C. 154, (1985): "The courts should not be turned into a machinery for judging rival products by obtaining a judicial determination which of the two was better", National Refining Co. v. Bonzo Gas Motor Fuel Co., 20 F 2nd 763, 8th Circ. 1927, cert. den. 257, US 570, 1927

326.

Die Entscheidung Liggett & Myers Tobacco Co., in der die Werbung "cooler and milder" für Zigaretten verboten wurde, ist lange Zeit eine Einzelentscheidung gewesen 327.

Neuerdings scheint die FTC jedoch der Werbung mit vagen Vergleichen mehr Aufmerksamkeit zuzuwenden. Die Unsicherheit bei der Auslegung vager Behauptungen zeigt sich auch hier. So wurde z.B. die Werbung "lower in tar" dahin ausgelegt, daß die von der beklagten Gesellschaft vertriebenen Zigaretten zumindest die Qualität von Durchschnittsprodukten haben mußten 328.

Wirklich neuartig ist die Interpretation der Werbung der Firestone Tire & Rubber Co. "stops 25 % quicker" für die von ihr hergestellten Autoreifen als Behauptung einer Alleinstellung gegenüber sämtlichen Konkurrenzprodukten 329.

cc. Täuschung durch Schweigen

Als feststehender Grundsatz gilt heute 330., daß

-
326. Das fehlende Engagement der FTC wird auch damit begründet, daß diese Art der Irreführung dem Verbraucher so wohl bekannt sei, daß er sich davon nicht mehr motivieren lasse, siehe hierzu Notes, Developments in the Law, Anm. I. 21.
327. 55 FTC 354, 367-368, 1958
328. § 19.701 American Brands Inc., Dkt. 8799, 7/13/71
329. Dkt. 8818, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, siehe Anm. II. 95. pp. 302-303, 315. Ob die Entscheidung auch in Produktbereichen ohne Beziehung zur Sicherheit des Verbrauchers angewandt werden wird, ist fraglich.
330. bezüglich früherer Auffassungen siehe S. 90

ein Schweigen des Werbenden über wesentliche Faktoren des Produkts oder sonstige Verkaufsumstände einer Täuschung gleichgestellt wird, die durch falsche Behauptungen oder Andeutungen erfolgt.

Hierbei gibt es zwei Arten der Täuschung durch Schweigen. Entweder können an sich wahre positive Behauptungen einen weiteren, nicht der Wirklichkeit entsprechenden Schluß auf Eigenschaften eines Produkts zulassen 331. oder die Nichtaufklärung über Faktoren, die entweder im Erscheinungsbild oder den Verkaufsumständen einen Anklang finden und den Kaufentschluß wesentlich bestimmen, ebenfalls eine Täuschung verursachen 332.

Die erste Spielart der Täuschung durch Schweigen bietet keine Besonderheiten, es gilt der bereits erörterte Grundsatz 333. der Entscheidung P.

Lorillard Co. v. FTC:

" to tell less than the whole truth is a wellknown method of deception " 334.

331. sect. 15 FTCA, 15 U.S.C. sect. 55: "if an advertisement is misleading ... there shall be taken into account not only the representations made or suggested by statement ... but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material in the light of such representations ..."

332. Segal Optical Co. v. FTC, 142 F 2nd 255, 2nd Circ. 1944

333. V S. & C. 210, 4th Circ. 1950

334. siehe Anm. 333. p. 219

Die Unvollständigkeit einer Werbung steht dann einer Irreführung gleich, wenn den Kaufentschluß möglicherweise beeinflussende Faktoren, die in der Werbung einen Anklang gefunden haben, nicht mitgeteilt werden. Darüber hinaus beinhaltet eine Werbeangabe jedoch nicht die implizite Behauptung, daß alle wesentlichen Faktoren angegeben sind. Die FTC ist jedoch kürzlich dazu übergegangen, diesen Grundsatz aus den Angeln zu heben. Geschützt werden nun auch Verbrauchererwartungen, die normalerweise durch Werbung geweckt werden können, aber durch den konkreten Werbetext objektiv nicht angesprochen werden. Die FTC behandelt diese Erwartungen nicht als gerechtfertigte Schlußfolgerungen aus einem Schweigen, sondern interpretiert sie als aufgestellte Behauptung in den Werbetext hinein 335.

Die Firestone Tire & Rubber Co. hatte folgendermaßen für ihre Reifen geworben: " the Firestone Super Sports Wide Oval Tire stops 25 % quicker ". Diese Behauptung erfuhr die Auslegung, daß wissenschaftlich zureichende Tests geführt worden seien, um diese Behauptung zu beweisen 336. Die Erwartung der Öffentlichkeit, daß Behauptungen über die Wirkungsweise getestet sind, wird jedoch noch nicht unesehen geschützt.

335. siehe hierzu auch die Entscheidung J.B. Williams Co. v. FTC, bei informatorischer Werbung, S. 99.

336. § 19.773, Dkt. 8818, complaint, 8/7/71; order 9/22/72

Die Pfizer Co. warb für ihr Sonnenschutzmittel "U-Burn": "anesthetizes nerves in sensitive sunburned skin" 337., wobei eine Auslegung im obigen Sinn abgelehnt wurde.

Nicht jegliche denkbare Schlußfolgerung aus einer Werbebehauptung kann Schutz verdienen. Maßgeblich ist, ob sie vernünftigerweise gezogen werden kann 338.

Die Täuschung durch Schweigen ohne eine bestimmte Behauptung ist deswegen schwierig zu beurteilen, weil deren Vorliegen an Hand anderer Umstände festgestellt werden muß.

Im Lauf der Zeit hat die FTC verschiedene Kategorien herauskristallisiert, in denen entweder das Produkt selbst oder die Verkaufsumstände dem Verbraucher eine bestimmte Schlußfolgerung nahelegen. Als irreführend hat die FTC den Verkauf von Produkten ohne Zusatz über deren tatsächliche Beschaffenheit verboten, die wesentlich teureren Artikeln täuschend ähnelten, so

-
337. § 19.614, initial decision to dismiss charges, Dkt. 8819, 4/16/71; § 19.653 National Dynamics Corp., Dkt. 8803, initial decision to dismiss charges, 5/24/71, Auslegung einer Werbebehauptung für ein Batteriezusatzgerät "VX-6", für welches ein Test veranstaltet worden sei, wurde abgelehnt, weil das Publikum diesen Schluß nicht ziehe.
338. § 19.614 Pfizer Inc., siehe Anm. 337; insbes. FTC v. Colgate-Palmolive Co. VII S. & C., 1152, 1163, S.Ct. 1965: "reasonable inference". Der Maßstab bedingt ein höheres Niveau des Täuschungsstandards.

z.B. von Metall, das Gold 339. oder Rayon, das Seide ähnelte 340.

Genausowenig darf alte und gebrauchte Ware 341. angeboten werden, weil der Verbraucher damit von den üblichen Verkaufsbedingungen her gesehen nicht rechnen kann. Aus dem gleichen Grund darf nicht ein Film unter anderem Titel nochmals aufgeführt werden 342. oder ein Buchtitel für eine gekürzte Ausgabe ohne Hinweis verwandt werden 343.

Als Täuschung durch Schweigen wird auch die fehlende Auf-klärung über Gefahren eines Produkts beurteilt 344. 345.

Ist die Gefahr nicht offenkundig, darf der Verbraucher annehmen, daß das Produkt bei gewöhn-

339. Benrus Watch Co., 58 FTC 1201, 1202, 1964

340. Milton Meyer, 28 FTC 404, 411, 1939

341. Purofied Down Products Corp., 48 FTC 155, 157, 1951; Parliament TV Tube Sales, 59 FTC 127, 129, 1961.

Neu ist die Ware immer dann noch, wenn sie noch nicht zum Endverbraucher gelangt ist oder der Hersteller nachweisen kann, daß sie tatsächlich noch nicht gebraucht ist, § 20.082 Eastman Kodak Co., File No. 712 3052, 8/18/72, für Fotoapparate. Ebenso unzulässig, wenn die Ware in einen neuwertigen Zustand gebracht wird und verpackt wird: § 50.417 Gulf Coast Distributors & Acceptance Corp., File No. 702 3027, 12/20/71

342. Fox Film Corp. v. FTC, 296 Fed. 353, 2nd Circ. 1924

343. Bantam Books Inc. v. FTC, VI S. & C. 744, 746, 2nd Circ. 1960

344. Gesetzliche Grundlage in sect. 15 FTCA, 15 U.S.C. sect. 55: "but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material with respect to consequences which may result from the use of the product "

345. Novel Mfg. Corp., 60 FTC 1748, 1753, 1962

licher Handhabung nicht gefährlich ist 346.

Insoweit handelt es sich um Selbstverständlichkeiten. In diesem Rahmen werden jedoch auch Schlußfolgerungen geschützt, von denen fraglich ist, ob sie vom Verbraucher ebenso selbstverständlich gezogen werden, wie z.B. die Vorstellung, daß nicht anderweitig gekennzeichnete Ware inländische Produkte seien 347. Ein Bereich der willkürlichen Festsetzung aufgrund eines behördlichen Entscheids 348. steht zwar offen, ist von der FTC bisher bei Täuschung durch Schweigen mit dieser Ausnahme in wesentlich engerem Umfang als bei positiven Behauptungen ausgedehnt worden. Der Verbraucher erfährt hier Schutz nur gegen wesentliche Beeinträchtigungen seiner Käuferwartungen 349. 350.

Andererseits brauchen jedoch keine flagranten Verstöße vorzuliegen 351.

Das Verbot der Täuschung durch Schweigen wird von

-
346. Stupell Enterprises, 67 FTC 173, 187, 1965
347. Segal Optical Co. v. FTC, 142 F 2nd 255, 2nd Circ.1944
348. Ein Prinzip für die Bestimmung der Schutzwürdigkeit solcher Schlußfolgerungen hat die FTC nicht aufgestellt, Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1050
349. Ein Schaden braucht nicht einzutreten, siehe S.214-216 Mohawk Refining Corp. v. FTC, VI S. & C. 522, 525-526, 3rd Circ., cert. den. 361 US 814, 1959
350. Andere Beispiele. S. 432
351. siehe jedoch die Entscheidung United States Ass'n of Credit Bureaus Inc. v. FTC, VII S. & C. 358, 362, 7th Circ. 1962

der FTC auch auf Tatbestände außerhalb des Unrechtsgehalts der Täuschung ausgeweitet.

Die FTC dehnt das Verbot der Täuschung durch Schweigen mit deren Korrektur durch aufklärende Zusätze über den Bereich des Schutzes berechtigter Verbrauchererwartungen mit dem Ziel der Aufklärung über unliebsame und unerwartete Belästigungen und Schäden aus. Die hier geforderten Zusätze und damit die Kenntnis des Verbrauchers beseitigen in vollem Umfang die Rechtswidrigkeit der ungesetzlichen Handlungen.

Das Zusenden unbestellter Ware wurde mit einem Zusatz bekämpft, daß die Ware nicht bestellt worden sei, der Empfänger sie deshalb weder zurücksenden noch instand zu halten brauche und daß die Bezahlung nur bei Abnahme mit Gebrauchsabsicht erforderlich sei 352. Die Grundsätze über Zusendung unbestellter Ware gelten auch dann, wenn der Verkäufer die Ware aufgrund eines angeblichen Probeangebotes zuschickte 353. oder vor Ablauf der Kündigungsfrist oder nach erfolgter Kündigung erneut Ware zur Auslieferung bringt 354. 355.

-
352. FTC-Release, 6/25/68; § 19.432 White Industries Inc., File No. 652 3596 1/6/71", der Verkäufer kann sich natürlich bei vorheriger Einwilligung den Auftrag erteilen lassen, eine unbestellte Ware zuzusenden, z.B. Buchmitgliedsringe.
353. Wm. H. Wise Co., 52 FTC 150, 152-153, 1955
354. Vitasafe Corp., 53 FTC 1154, 1155-1156, 1957;
US v. Vitasafe Corp., VI S. & C. 981, 983, U.St.D.C. S.D.N.Y. 1964
355. siehe allgem. bei "unfair practices", S.432 - 433

Die Praxis der Zusendung von Informationsbögen an säumige Schuldner, die dem Schuldner aber nicht klar als Ausforschung seiner Verhältnisse zu diesem Zweck erkenntlich sind, wird mit entsprechender Aufklärung auch nur behindert (" skip-tracing requirements ") 356.

Der ebenfalls bei Verkäufern beliebten Methode, sich im Falle eines Kreditkaufes ein durch Indossament übertragbares Schuldanerkennntnis aushändigen zu lassen und dadurch nach erfolgter Übertragung auf einen Dritten dem Käufer die Einwendungen gegen diesen abzuschneiden, sollte mit einem Zusatz, daß die Papiere mit dieser Rechtsfolge übertragen werden können, abgeholfen werden 357.

Belästigungen von Kunden von Steuerberatungsbüros, deren detaillierte Einkommensinformationen an Versandhäuser und Versicherungsgesellschaften ohne deren Wissen weitergegeben wurden, werden dadurch korrigiert, daß bei Auftragserteilung die geplante Weitergabe offenbart werden muß 358.

Das Institut der Täuschung durch Schweigen wie auch die Forderung nach informativer Werbung beruhen auf dem gleichen Gedankengang der Vor-enthaltung notwendiger Information, geschieden bisher durch die Vorstellung, daß nur solche Vor-enthaltung von Information ein Eingreifen der FTC

356. Mitchell S. Mohr v. FTC, VI S. & C. 684,687, 9th Circ. 1959

357. § 19.439 Capitol Sewing Machine Corp., File No. 682 3335, 12/14/70

358. § 50.419 H. & R. Block Inc., File No. 712 3433, 12/29/71

rechtfertigt, die zu einer Täuschung führt. Die Grenzen werden fließender werden, je mehr außerhalb der Werbebehauptung liegende Erwartungen im Wege einer Interessenabwägung zugunsten des Verbrauchers mit dem Endziel zusätzlicher Aufklärung auch bei nicht irreführenden Werbeaussagen einbezogen werden.

d. Der Beweis der Bedeutung einer Werbebehauptung
(" evidence of meaning ")

Anschließend sollen Beweisfragen behandelt werden, da ein engerer Zusammenhang mit der Werbebehauptung sowie auch ein Einfluß auf die materiellen Grundsätze besteht.

aa. Die Anforderungen an die Beweisführung

Die Anforderungen an den Beweis der Bedeutung einer Werbebehauptung hat Ira Millstein glänzend zusammengefaßt:

" generally the Commission will find that an advertisement promises what the Commission will find that it promises, notwithstanding dictionary definitions, the testimony of consumers and experts and the results of surveys. The Commission seems able to find one rule or another that can justify its determination of meaning " 359.

Dieses Ergebnis hat sich aus dem Zusammenspiel verschiedener Faktoren ergeben. Bestimmend ist der gesetzgeberische Zweck der Schaffung der FTC als mit spezieller Fachkenntnis (" exper-

359. siehe Anm. 19. p. 470

tise ") ausgestatteter Behörde 360. 361. gewesen. Daraus ergab sich die gesetzliche Folge, daß die von der FTC in den Entscheidungsgründen getroffenen Tatsachenfeststellungen (" facts ") 362. von den Berufungsgerichten gem. sect. 5 (c) FTCA 363. nicht mehr überprüfbar sind. Die Gerichte ließen der speziellen behördlichen Fachkenntnis zusätzlichen Spielraum, als entschieden wurde, daß tatsächliche Täuschung der Verbraucher nicht nachgewiesen werden müsse, sondern ausreichend die behördliche Feststellung sei, daß die Behauptung sowohl täuschungsg geeignet sei als auch die Gefahr einer Täuschung in sich berge (" capacity and tendency to deceive ") 364.

Die Feststellung dieser Täuschungsg eignetheit gehört nach ständiger Rechtsprechung zum Bereich

-
360. siehe dazu Ernest Gellhorn, Proof of Consumer Deception before the FTC, 17 Kans. L.Rev. 559, 562 (1969)
361. Gerard C. Henderson, siehe Anm. I,7. p. 92: "the Commission is also endowed with the faculty of making findings, which the courts must respect. This faculty alone differentiated the Commission from a mere prosecuting agency and gives it in a limited way a judicial character. The reason for conferring upon the Commission this judicial function must have been that Congress believed that the problems ... would be of a technical and specialized character, calling for experience and training, which a court might not possess"
362. Gegensatz "questions of law", über die allein die Gerichte entscheiden.
363. "the findings of the Commission as to the facts, shall be conclusive, if supported by evidence", 15 U.S.C., sect. 45
364. FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 81, 1934; Charles-of-the-Ritz Distributors v. FTC, 143 F 2nd 676, 680, 2nd Circ. 1944

der unüberprüfbaren Tatsachenfeststellungen 365. Die Befugnisse sind jedoch nicht so unbegrenzt, wie es zunächst den Anschein haben könnte. Gesetzliche Vorschriften selbst wären, wenn die von ihnen statuierte Prüfungskompetenz durch die Gerichte wahrgenommen worden wäre, von erheblicher Bremswirkung gewesen.

Die Vorschriften der sect. 10 (e) Administrative Procedure Act (APA) sprechen eine Pflicht der Gerichte zur Überprüfung der Entscheidungsgründe im Hinblick auf die Beweiswürdigung aus:

" in making the foregoing determination the court shall review the whole record or such portions thereof, as may be cited by any party " 366.

Welche Voraussetzungen dabei im Hinblick auf die Beweiswürdigung bei Erlaß einer Unterlassungsverfügung zu beachten sind, ist sect. 7 (c) APA zu entnehmen:

" no order shall be issued exept on consideration of the whole record and as supported by and in accordance with reliable, probative

365. Abel Allan Goodman v. FTC, VI S. & C. 284, 307, 9th Circ. 1957

366. 5 U.S.C. § 1009 (e) 1958

and substantial evidence " 367. 368.

Der erhebliche Beurteilungsspielraum ist eingeengt durch die Forderungen nach entscheidungserheblichem Beweismaterial 369. sowie Überprüfung des gesamten Tatbestandes 370. auf die richtige Anwendung des Ermessens bei der Beweiswürdigung.

Im Lauf der Zeit kam es jedoch zu einem praktischen Ausschluß der gerichtlichen Überprüfung der Bedeutung einer Werbebehauptung. Dies hatte seinen Grund in einer zunehmenden Nachgiebigkeit der Ge-

-
367. Die Vorschriften des zivilprozessualen Beweisverfahrens finden im Verwaltungsverfahren keine Anwendung, National Feather & Down Co., VI S. & C. 41, 33, 2nd Circ. 1956;
368. 54 U.S.C. § 556;
siehe auch § 3.43 (b) Procedure, Organization and Rules of Practice, Part 3, Subpart E (1970):
"relevant, material and reliable evidence".
Das Erfordernis entscheidungserheblichen ("substantial") Beweismaterials, das in sect. 5 (c) FTCA nicht enthalten ist, wurde mit der Entscheidung Jacob Siegel Co. v. FTC, 150 F 2nd 751, 755, 3rd Circ. 1944, vert. den. 317 US 608, 1946, auch auf Unterlassungsverfügungen nach dem FTCA übertragen.
369. Frühere Entscheidungen hielten sich auch an dieses Erfordernis, E. Edelman & Co. v. FTC, 239 F 2nd 152, 7th Circ. 1956: "substantial means such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support the conclusion"; Philip R. Park v. FTC, 136 F 2nd 428, 429, 9th Circ. 1943: "not contrary to the evidence and do not omit substantial facts established by evidence"
370. siehe die Entscheidung Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 US 474, 488, 1951, die maßgeblich ist.

richte zugunsten des behördlichen Beurteilungsspielraums 371.

Die Forderung der Abstützung der Verfügung auf entscheidungserhebliches Beweismaterial ist dahin relativiert worden, daß jedenfalls mehr als nur ein unbewiesener Verdacht der Begehung einer ungesetzlichen Handlung vorliegen müsse 372. Daß die Entscheidung auf dem gesamten Tatbestand basieren müsse, wurde ebenfalls dahin eingeengt, daß eine Aufhebung einer Unterlassungsverfügung nur dann erfolgen sollte, wenn diese im Tatbestand keinerlei Stütze mehr fand 373.

Die FTC kann nach Belieben Konflikte im Beweismaterial lösen, auch wenn die vorliegenden Beweisantritte konträre Entscheidungen zulassen 374.

-
371. *Doris Savitch Co. v. FTC*, V S. & C. 727, 728, 2nd Circ. 1955; *E.F. Drew & Co., Inc. v. FTC*, VI S. & C. 34, 40, 2nd Circ. 1956; siehe hierzu auch die Veränderung des klaren Wortlauts des sect. 10 (e) APA, wonach Verfügungen aufgehoben werden sollen, wenn sie willkürlich, mutwillig oder als Mißbrauch des Ermessens erscheinen ("arbitrary, capricious, an abuse of discretion or ...") in *Ray S. Kalwajtys v. FTC*, VI S. & C. 72, 75, 7th Circ. 1956: "arbitrary or clearly wrong".
372. *Rayex Corp. v. FTC*, VII S. & C. 696, 699, 2nd Circ. 1963: "substantial evidence is more than a scintilla and must do more than create a suspicion of the existence of the fact to be established", zitiert aus der Entscheidung *NLRB v. Columbian Enameling & Stamping Co.*, 306 US 292, 300, 1939.
373. *Bakers Franchise Corp. v. FTC*, VII S. & C. 464, 468, 3rd Circ. 1962
374. *Standard Distributors v. FTC*, V S. & C. 204, 210, 2nd Circ. 1954; *National Macaroni Mfg. Ass'n v. FTC*, VII S. & C. 1181, 1188, 7th Circ. 1965: Gericht hätte genau die gegenteilige Folgerung gezogen.

Aus diesem Grund sind Entscheidungen keine Seltenheit, bei denen in den Gründen außer der "expertise" der Commission kein anderer "Beweis" zu finden ist 375. oder welche trotz konträren Beweismaterials allein aufgrund der behördlichen Fachkenntnis ergangen sind 376.

bb. Die Zulässigkeit und Benutzung von Beweismitteln

In der Praxis stützt sich die FTC jedoch häufig auch auf echte Beweismittel wie Zeugenbeweise durch Verbraucher oder Sachverständige sowie Hilfsmittel wie Lexikondefinitionen oder Umfragen, ohne sich jedoch in der Auswahl an ein bestimmtes Beweismittel gebunden zu fühlen 377.

Der Zeugenbeweis durch einzelne Verbraucher ist ein nur selten angewandtes Beweismittel. Dies liegt hauptsächlich daran, daß der Nachweis einer tatsächlichen Täuschung nicht notwendig ist, um eine Behauptung zu untersagen 378.

-
375. Stanley Laboratories Inc. v. FTC, 138 F 2nd 388, 393, 9th Circ. 1943;
Zenith Radio Corp. v. FTC, 143 F 2nd 29, 31, 7th Circ. 1944;
Carter Products Inc. v. FTC, VII S. & C. 794, 799, 5th Circ. 1963
376. Bakers Franchise Corp., 59 FTC 70, 76, 1962:
"on our own authority ..."
377. Ernest Gellhorn, siehe Anm. 360, p. 554
378. Zenith Radio Corp., siehe Anm. 375., p. 31: "The Commission was not required to sample public opinion to determine what the petitioner was representing to the public. The Commission had a right to look at the advertisements in question, consider the relevant evidence in the record and then decide for itself ...";
ebenso J.B. Williams Co. v. FTC, Anm. 263., p. 553

Die Gründe für die fehlende Berücksichtigung von Verbraucheraussagen im Standardverfahren hat Ernest Gellhorn kurz zusammengefaßt:

" the consumer parade to the witness stand needlessly prolongs the hearing, is likely to be inaccurate and serves no other purpose than to demonstrate a known fact - that somewhere, somehow it is possible for inventive counsel to find someone who will interpret the advertisement as counsel wants " 379. 380.

Verbraucherumfragen, welche von der FTC auf eigene Initiative bei früheren Entscheidungen in das Verfahren einbezogen wurden, haben bemerkenswerterweise nicht immer den Erlaß von Unterlassungsverfügungen zur Folge gehabt 381. Die Methode der Befragung einzelner Verbraucher wird von der FTC bisweilen auch heute noch angewandt 382.

379. siehe Anm. 360. p. 566

380. siehe auch die Kritik an Verbraucherbefragungen innerhalb des Verfahrens schon in der Entscheidung James S. Kirk, 12 FTC 272, 289, 1928; es wurden 700 Verbraucher befragt;

siehe auch § 16.113 Quaker Oats Co., Dkt. 8160, initial decision, 10/17/62

381. Allan B. Wrisley Co. v. FTC, 113 F 2nd 437, 440, 7th Circ. 1940;

§ 16.496 Sterling Drug Co., Dkt. 8554, 7/10/63; meist führten sie jedoch dazu: Giant Food Inc.

v. FTC, VII S. & C. 710, 722, D.C. Circ. 1963;

Steelco Stainless Steel Inc. v. FTC, V S. & C. 265, 268, 7th Circ. 1951;

Bakers Franchise Corp. v. FTC, VII S. & C. 464, 467, 3rd Circ. 1962

382. § 18.059 Consumer Products of America, Dkt. 8679

Im Gegensatz dazu ist - obwohl im gegebenen Bereich häufig durchaus die Feststellung des Verbraucherverständnisses vorrangig wäre 383. - die Vernehmung von Experten, der Sachverständigenbeweis, ein beliebtes und häufig benutztes Beweismittel 384. In ständiger Rechtsprechung wird die Befugnis der FTC aufrechterhalten, sich auf Expertenaussagen zu stützen, wenn die Befragten zwar Erfahrungen mit dem Produkt haben, bezüglich der Bedeutung der Werbebehauptung aber keine erhebliche Aussage machen können 385.

Seitens der beklagten Unternehmen in das Verfahren eingeführten Expertenaussagen wird von der FTC im allgemeinen nicht das Gewicht zugebilligt, das den Aussagen der von der FTC beigebrachten oder behördenzugehörigen Experten beigemessen wird 386. Umfragen als Beweisantritt der

-
383. § 19.830 School Services Inc., Dkt. 8729, 10/4/71: die Auffassung des hearing examiners, daß der Begriff "educational loan" in seiner Wirkung auf die angesprochenen Schüler überprüft werden müsse, wurde von der FTC abgelehnt. Es wurden Persönlichkeiten aus dem Schulleben befragt und die Entscheidung letztlich wieder auf die eigene Sachkenntnis gestützt. Nebenbei ist dieses Ergebnis auch die Folge der unzureichenden Unterscheidung des Adressatenkreises, siehe S.
384. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. p. 477
385. Korber Hats Inc. v. FTC, VII S. & C. 611, 617, 1st Circ. 1962
386. Stanley Laboratories v. FTC, siehe Anm. 375., pp. 390-392

beklagten Unternehmen (" partisan survey ")
sind " Stiefkinder " im Beweisverfahren der
FTC.

Sorgfältig vorbereitete und durchgeführte Umfragen wären an sich eine geeignete Methode zur Ermittlung der Bedeutung einer Werbebehauptung durch Feststellung des Verbraucherverständnisses 387.. 388. Dennoch hat die FTC diese Möglichkeit fast nie genutzt. 389. Von beklagten Unternehmen durchgeführte Umfragen hat die FTC meist dazu benutzt, anhand der Ergebnisse eine bestehende Täuschungsgefahr auch weniger Abnehmer zu begründen 390., so daß verständlicherweise beklagte Unternehmen von dieser kostspieligen, zeitraubenden und insbesondere riskanten Methode absehen.

-
387. Die Zulässigkeit von Umfragen als Beweismittel ist heute nicht mehr fraglich, siehe *Gulf Oil Corp. v. FTC*, 150 F 2nd 106, 108, 5th Circ. 1945;
Stanley Laboratories v. FTC, siehe Anm. 375. p.391
388. *Ernest Gellhorn*, siehe Anm. 360. p. 567; siehe auch *Rhodes Pharmacal Co. v. FTC*, siehe Anm. 312 p. 588
389. oder wenn, mit wenig zufriedenstellenden Ergebnissen, siehe den dissent des Commissioner Mason in der Entscheidung *Book-of-the-Month Club*, 48 FTC 1297, 1319, 1952: "out of this cull (satisfied consumers) the Government was able to distill 13 defaulters, whose virtuous regard for truth was undoubtedly only exceeded by their financial integrity";
390. siehe *Book-of-the-Month Club*, siehe Anm. 389., 10 % getäuschte Abnehmer; *Benrus Watch Co.*, siehe Anm. 251., 14 % getäuschte Abnehmer; *Rhodes Pharmacal Co. v. FTC*, siehe Anm. 253., 9 % getäuschte Abnehmer

Dies zeigt deutlichst die kürzliche Entscheidung der FTC in Firestone Tire & Rubber Co. 391. Ihr lassen sich zwei Grundsätze entnehmen: die FTC stellt nahezu undurchführbare Anforderungen an die Abwicklung einer Umfrage. Die beklagte Gesellschaft hatte eine Umfrage durchführen lassen, um nachzuweisen, daß die Werbung "the safe tire" nicht dahin verstanden werde, daß der Reifen frei von Mängeln aller Art und sicher in allen denkbaren Gebrauchssituationen sei, welche Bedeutung ihr die FTC gegeben hatte. Bei der Befragung waren vier verschiedene mögliche Bedeutungsvarianten aufgestellt worden, auf die ein Verbraucher hätte schließen können 392.

391. siehe Anm. II.95.

392. (a) "Firestone does all it can to use the best manufacturing and testing procedures to make its tires safe and as free from possible defects of any kinds"
- (b) "Almost all Firestone tires are safe under normal conditions of use and free from defects that might make them unsafe"
- (c) "Each model of Firestone tires at least meets the minimum government safety standards"
- (d) "each model of Firestone tires is absolutely safe no matter how it is used and regardless of the tire inflation pressure and load of the car or every single Firestone tire will be free from any defects"

15,3 % der Befragten interpretierten die Werbung wie die Klage nach (d), wobei 5,4 % sie für völlige Übertreibung hielten, p. 317. Die Umfrage bezüglich der Werbung "safety champion" als Behauptung, daß die Reifen sicherer seien als alle anderen, ergab, daß nur 0,6 % sie so interpretieren, woraus die FTC schließlich auch keine Täuschung mehr herleiten wollte, p.328

Die FTC jedoch verwarf den Beweiswert der Umfrage, da sich die verschiedenen Bedeutungen nicht gegenseitig ausschlossen, wobei sich die Frage erhebt, mit welchen Mitteln ein Verbraucherverständnis überhaupt festgestellt werden soll 393.

Entscheidend ist, daß vorrangig für die Beurteilung der Bedeutung einer Werbebehauptung die spezielle behördliche Fachkenntnis bleibt:

" respondents choose to offer into the record a scientifically determined sample of consumer views as to how this advertisement was in fact perceived by them. It is incumbent upon us ... to consider this evidence and determine the weight, if any, which should be attributed to it in adding to the expertise which we must bring to bear upon the issue of whether this advertisement constitutes an unfair and deceptive practice " 394.

Gerade im Hinblick auf diese neue Entscheidung der FTC ist der Vorschlag Ernest Gellhorns zu würdigen, daß Umfragen nicht aufgrund des Beweistritts einer beklagten Partei, sondern als Standardverfahren unter Mitwirkung des beklagten Unternehmens und Billigung der FTC zustande kommen sollten 395.

393. siehe Anm. 391. p. 319

394. siehe Anm. 391. p. 318

395. siehe Anm. 360. pp. 569-572; p. 567:

"consumer understanding of an challenged advertising need not remain a mystery to be resolved, if at all, only after lengthy and costly proceedings. Instead, regularized proceedings should be adopted to encourage reliance on independent, nonpartisan survey...

Mehr eine Beweiserleichterung denn ein echtes Beweismittel ist die Heranziehung von Lexikondefinitionen als Hilfsmittel zur Feststellung der Bedeutung einer Werbebehauptung. Sie sind insbesondere dann beigezogen worden, wenn die Mehrdeutigkeit einer Werbung begründet werden sollte 396., jedoch immer Gegenstand heftiger Kritik gewesen 397. Deren Berechtigung ergibt sich daraus, daß Lexikondefinitionen zwar mögliche logische Interpretationen, nicht jedoch ein konkretes Verbraucherverständnis darlegen.

Eine weitere Beweiserleichterung hat sich die FTC mit der Anwendung des Grundsatzes von der "official notice" auch im Bereich der Bedeutung einer Werbebehauptung geschaffen. Die Bedeutung der Behauptung wird als eine Art von gerichtskundiger Tatsache 398. behandelt, die jedoch die Wirkung hat, daß eine widerlegbare Vermutung bezüglich der Bedeutung begrün-

396. Charles-of-the-Ritz Distributors Corp. v. FTC, siehe Anm. 208. p. 679: "rejuvenescence" - "restoring youth";
Keele Hair & Scalp Specialists v. FTC, siehe Anm. 80. p. 723

397. Sterling Drug Co. v. FTC, siehe Anm. 261. p. 691

398. nach Auffassung der FTC leitet sich die Befugnis aus sect. 7 (d) APA (5 U.S.C., § 1006 (d) 1964) ab: "where an agency decision rests on official notice of a material fact not appearing in the evidence in the record, any party ... shall be afforded an opportunity to show the contrary"

det wird und die Beweislast damit auf das beklagte Unternehmen verschoben wird 399.

Anwendungsgebiet sind identische Tatsachengestaltungen, die Gegenstand ständiger Spruchpraxis sind 400. und für die deswegen kein Beweis in den nachfolgenden Verfahren mehr für notwendig gehalten wird 401.

3. Die Eignung einer Behauptung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses

a. Die Begrenzung auf Beeinflußbarkeit durch Tatsachenbehauptungen (" fact ")

Aus dem common law stammt der Grundsatz, daß der Käufer nur dann, und dies auch in nur sehr begrenztem Umfang 402., schutzwürdig ist, wenn er sich auf Tatsachenbehauptungen in der Werbung verläßt 403. Entschloß er sich aufgrund

399. siehe Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1075

400. so z.B. daß inländische ausländischen Produkten vorgezogen werden, soweit für jene keine besondere Präferenz besteht,

Manco Watch Strap Co., 60 FTC 495, 512-514, 1962; Dayco Corp. v. FTC, 1966 Supplem. S. & C. 327, 366, 6th Circ. 1966: "general accumulated knowledge of buying habits of American people"

401. siehe allgemein Statement of Basis and Purpose of Trade Regulation Rules, 29 Fed. Reg. 8325, 8372, (1964)

402. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1017; siehe auch S. 10 - 11

403. Deming v. Darling, 148 Mass. 504, 20 N.E. 107, 1889

einer geäußerten Meinung des Werbenden zum Kauf, so war das sein eigenes Risiko.

Negative Auswirkung auf den Verbraucher hatte diese Unterscheidung deshalb, weil sowohl Übertreibungen als auch wissenschaftliche Äußerungen als unter dem Schutz der Verfassung stehende Meinungsäußerung gewertet wurden. Die FTC hat sich schon bald von dieser Einstufung distanziert. Das Gegensatzpaar "opinion - fact" war grundsätzlich beibehalten 404., die mehr theoretische Differenzierung wird jedoch heute in den Entscheidungen nicht mehr durchgeführt 405., Übertreibungen und wissenschaftliche Äußerungen werden generell als Tatsachenbehauptungen ausgelegt.

Milton Handler hat schon 1939 die Grenzziehung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung dahin charakterisiert, daß dem Käufer Schutz auch gegen unqualifizierte Meinungen über das Produkt gewährt werden soll, wenn diese in einer Weise geäußert werden, daß der Käufer sich darauf verläßt 406.

404. Bristol Myers Co. v. FTC, V S. & C. 204, 208-209, 4th Circ. 1950; Koch v. FTC, V S. & C. 552, 559-560, 6th Circ. 1953

405. früher häufig, siehe Raladam Co. v. FTC, 42 F 2nd 430, 432-433, 6th Circ. 1930, 283 US 643, 1931

406. Milton Handler, The Control of False Advertising under the Wheeler-Lea Act, 6 Law & Contemporary Problems 91, 100-101, 1939; Maurice J. Feil v. FTC, VI S. & C. 875, 896-897, 9th Circ. 1960

aa. Die Abgrenzung täuschender Tatsachenbehauptungen von der zulässigen Übertreibung

(" puffing ")

Die Vorschriften bezüglich der zulässigen Übertreibung finden nicht nur auf Äußerungen Anwendung, die erkennbar eine subjektive Meinungsäußerung darstellen 407., sondern auch auf weit übertriebene Tatsachenfeststellungen, die diesen Charakter deshalb verlieren 408.

Eine zulässige Übertreibung liegt dann vor, wenn sich niemand auf die offensichtlich übertriebenen Behauptungen verläßt 409.

Die zivilrechtlichen Anforderungen an das Urteilsvermögen des Käufers waren früher wesentlich schärfer und Übertreibungen privilegiert. In der ersten einschlägigen Entscheidung Ostermoor & Co. v. FTC 410. wurde die FTC vom Berufungsgericht auf den alten Grundsatz des common law hingewiesen:

" the time honoured custom of at least slightly puffing has not come under a legal ban" 411.

407. A.A. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. , p. 469, Anm. 139

408. Notes, Development in the Law, siehe Anm. II.4. , p. 1054

409. Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 19.2 (b) (2), p. 352 (2nd ed. 1950)

410. 16 F 2nd 962, 2nd Circ. 1927; siehe dazu Kritik Milton Handler, Unfair Competition, XXI Iowa L. Rev. 175, 196, (1936) sowie False and Misleading Advertising, 29 Yale L.J. 22, 44, (1929)

411. siehe Anm. 410. p. 963

Um nicht ausdrücklich gegen den traditionellen Bereich zulässiger Übertreibung angehen zu müssen, erreichte die FTC ihr Ziel auf dem Umweg über die Senkung des Intelligenzstandards vom Niveau des durchschnittlichen (" reasonable man ") 412. auf das eines unterdurchschnittlich intelligenten Käufers 413., dem es nicht gelingt, die Übertreibung zu durchschauen. Damit stand im Ergebnis die Begrenzung der zulässigen Übertreibung auf ein Minimum fest.

Der niedrige Intelligenzstandard hat der FTC zwar die Feststellung des Vorliegens einer Täuschungsgefahr und damit auch der möglichen Beeinflussung des Kaufentschlusses erleichtert, ihr jedoch die Überprüfung des Sachverhalts einer Werbebehauptung nicht erspart.

Keine Tatsache liegt vor, wenn ein Vertrauen des potentiellen Käufers in den Inhalt auf der Äußerung nicht gerechtfertigt erscheint: bei der Werbung der Necchi Sewing Machine Sales Corp. " sewing machine is almost human " 414. konnte hieran kein Zweifel bestehen.

Es werden jedoch auch an sich unglaubliche Verbrauchererwartungen geschützt: die Werbung " functions indefinitely " für Wasserfiltrier-

412. siehe S. 123 - 124

413. FTC v. Standard Education Society, siehe bei Ausführungen zum Intelligenzstandard S. 125

414. 53 FTC 1040, 1041, 1957

geräte 415. sowie " everlasting beautiful " für Aluminiumfenster 416. wurde von der FTC untersagt.

Wird die Unmöglichkeit der Realisierbarkeit der Werbebehauptung aber fast von allen Verbrauchern erkannt, besteht dennoch die Gefahr, daß einige wenige sich beeindrucken lassen, so ist der privilegierte Bereich verlassen; So z.B. wenn angegeben wird, daß die Bestrahlung mit einer Höhensonne 80 verschiedene Krankheiten heilen könne 417. oder in einem Lexikon alles Wissenswerte enthalten sei 418.

Jeder meßbare und wahrscheinliche Tatsachengehalt schließt die Berufung auf eine zulässige Übertreibung aus 419., wie z.B. in den Entscheidungen *Fairyfoots Inc. v. FTC* 420. sowie *Belmont Laboratories Inc. v. FTC* 421. bei Angaben über die Wirksamkeit von medizinischen Präparaten.

Ob im Fall der Werbung mit vagen Schlagworten wie " excellent ", " prima ", " wonderful ", " amazing ", " perfect " eine bestimmte Tat-

415. *Frank Sibert v. FTC*, 1966 Supplem. S. & C. 375, 376, 2nd Circ. 1966

416. § 19.975 *Four States Enterprises*, File No. 692 3059, 4/6/72

417. *Health Violet Products*, 13 FTC 134, 137, 1929

418. *National Committee for Education*, 39 FTC 171, 178, 180, 1949

419. *Ira M. Millstein*, siehe Anm. p. 469

420. 80 F 2nd 684, 686, 7th Circ. 1935

421. 103 F 2nd 538, 542, 3rd Circ. 1939

sachenbehauptung angenommen werden kann, hängt ganz von den Umständen ab. Die Verwendung solcher Schlagworte ist nach der Entscheidung Carlay Co. v. FTC 422. grundsätzlich auch heute noch als zulässige Übertreibung privilegiert. In der Entscheidung Kidder Oil Co. v. FTC 423. wurde jedoch schon festgestellt:

" so far as we know, there is nothing " perfect " in this world, which undoubtedly means nothing more than that the product is of good or high quality ... but we can conceive of situations where the use of such words might be deceptive and even fraudulent " 424.

Dementsprechend wurde in der Entscheidung Prima Products Inc. v. FTC die Werbung " almost as easy as whitewashing " für eine Anstrichfarbe mit der Begründung verboten, daß die Gebrauchsanweisung länger und ausführlicher sei und schwierigere Arbeitsvorgänge anfielen als bei einfachem Weißeln 425. Die unzutreffende Angabe " amazing earnings " mit Gegenüberstellung bezifferter Summen wurde unterbunden 426. Die Werbung " joghurt - nature's perfect food " stellt im Hinblick auf Verbrauchererwartungen,

422. 153 F 2nd 493, 496, 7th Circ. 1946

423. 117 F 2nd 892, 7th Circ. 1941

424. siehe Anm. 423. p. 901

425. V S. & C. 593, 599, 2nd Circ. 1954

426. Food Display Machine Corp., 33 FTC 1402, 1410, 1941

was Nährwerte und Kalorienzahl von Lebensmitteln anbetrifft, eine Qualitätsbehauptung dar 427.

Besondere Regelungen gelten, wenn eine Werbebehauptung ein Risiko für Sicherheit begründet.

Hier werden auch Behauptungen verboten, die in Anwendung der geschilderten Spruchpraxis hätten privilegiert behandelt werden müssen.

Der Slogan " poor swimmers look like champions " für einen Schwimmgürtel mußte unterlassen werden 428. Ähnliches gilt für Äußerungen, die bezwecken, den Kaufentschluß durch Auslösung von Angstgefühlen zu beeinflussen 429. oder für Werbung, die sich auf öffentliche Interessen beruft, wie z.B. Umweltschutz. Die Werbung " F - 310 - additive - the most long awaited gasoline development in history " 430. wurde aus diesem Grunde untersagt.

Auch wenn nach den aufgezeigten Grundsätzen dem Bereich der zulässigen Übertreibung kaum noch ein Anwendungsbereich verbleibt, so wird dennoch die Auffassung Alexanders 431., die Entscheidung

427. Dannon Milk Products, 62 FTC 840, 856, 1962

428. Heinz W. Kirchner t/a Universal Co. v. FTC, VII S. & C. 1018, 1021, 9th Circ. 1964

429. Steelco Stainless Steel Co. v. FTC, V S. & C. 265, 271, 7th Circ. 1951, "and particularly those designed to consummate the sale ... by fright ... cannot be characterized as mere puffing"

430. § 19.352 Standard Oil Co. of California, prop. complaint, File No. 702, 3191, 9/29/70

431. George J. Alexander, siehe Anm. 198., p. 103

Abel Allan Goodman v. FTC 432. habe eine Abänderung der Rechtslage dahingehend gebracht, daß allein schon der gewollte Zweck der Beeinflussung des Verbrauchers die Werbebehauptung angreifbar mache, nicht geteilt. Zwar führt das Berufungsgericht aus:

" here, we have statements made to salesmen with the intention that they be conveyed by them to prospective purchasers and which are aimed to induce the purchase of a course of study " 433.

Aus der Entscheidung geht jedoch eindeutig hervor, daß die Werbebehauptung "reweaving can be easily learned within ten days " als Tatsachenbehauptung angesehen wurde aufgrund eines nachfolgenden Verweises auf die im Zivilrecht auf-gegebene " caveat - emptor " -Regel:

" the more ethical rule that one dealing with another in business had the right to rely upon representations of fact as the truth " 434.

Die Kirchner - Doktrin mit ihrer Anhebung des Intelligenzstandards hat noch keine Auswirkungen auf diese Probleme gezeitigt 435.

Im ganzen wurden Unterlassungsverfügungen der FTC, denen von den Beklagten die Einwendung zulässiger Übertreibung entgegengesetzt wurde, von den Gerichten meist aufrechterhalten 436.

432. VI S. & C. 284, 9th Circ. 1957

433. siehe Anm. 432. p. 309

434. siehe Anm. 432. p. 309

435. siehe hierzu die Ausführungen zum Intelligenzstandard, S. 129 - 130

436. Gulf Oil Corp. v. FTC, 150 F 2nd 106, 109, 5th Circ. 1948; Moretrench Corp. v. FTC, 127 F 2nd 792, 794, 2nd Circ. 1942

bb. Die Abgrenzung täuschender Sachbehauptungen von zulässigen wissenschaftlichen Meinungsäußerungen
Hier läßt sich in vollem Umfang danach abgrenzen, ob der Inhalt der Werbeäußerungen potentiellen Käufern verläßlich erscheint 437.

Dies trifft insbes. im Bereich der Werbung für medizinische und kosmetische Artikel zu und aus diesem Grund werden Werbeaussagen über die Wirksamkeit eines Heilmittels oder Kosmetikpräparates immer als Tatsachenbehauptungen gewertet 438.

Ausgenommen hiervon sind nur Werbeaussagen, welche ganz eindeutig lediglich eine Theorie aufstellen und zwar auch dann, wenn Hersteller und Verfechter der Lehrmeinung personen- gleich sind 439.:

" the representations made are couched not in the language of opinion, but in positive terms. Statements calculated to induce purchase of Koch's products are made without qualification ... of opinion " 440.

Es ist dem Werbenden auch nicht möglich, durch Wortwahl Tatsachenfragen in zulässige Meinungsäußerung umzuwandeln 441. Rein faktisch kann

437. siehe S. 181 - 182

438. Belmont Laboratories v. FTC, 103 F 2nd 538, 543, 3rd Circ. 1939; Koch v. FTC, v S. & C. 552, 560, 6th Circ. 1953

439. Koch v. FTC, siehe Anm. 438. p. 559

440. Koch v. FTC, siehe Anm. 438. p. 559

441. Koch v. FTC, siehe Anm. 438. p. 560

sich eine Einengung des Tatsachenbereichs dadurch ergeben, daß die Wirksamkeit eines Erzeugnisses nicht nachweisbar ist. In der Entscheidung Lambert Pharmacal Co. 442. sah die FTC vom Erlaß einer Verfügung ab, weil die Ursache der Schuppenbildung ganz einfach unbekannt war und sich gegenteilige gleichwertige Expertenmeinungen gegenüberstanden.

Soweit sich der Hersteller Meinungsäußerungen Dritter als Tatsachenbehauptungen zurechnen lassen muß, geht dessen Berufung auf die für diese Dritten verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäußerung fehl, so z.B. wenn Angestellte ohne Wissen des Geschäftsherrn mit der Ware Broschüren verteilen, welche von Dritten ohne Werbeabsicht in den Verkehr gebracht worden sind 443. oder mit falsche Meinungsäußerungen beinhaltenden Empfehlungsschreiben geworben wird 444. Besteht keinerlei Interesse des Dritten am Vertrieb der Ware, kann die FTC gegen diesen nicht einschreiten.

- cc. Die Abgrenzung der täuschenden Sachbehauptungen von zulässigen Werbeäußerungen, die sich auf Gefühls- oder Geschmacksempfindungen beziehen
Solche Äußerungen müssen nicht unbedingt eine Übertreibung darstellen. Soweit es sich hier

442. 38 FTC 726, 730, 1944

443. Perma Maid Co., 29 FTC 1403, 1408-1409, 1939, aff'

Perma Maid Co. v. FTC, 121 F 2nd 282, 284, 6th Circ.1941

444. Giljan Medicine Co., 40 FTC 595, 606-607, 1945

um rein subjektive Empfindungen handelt, die keinem Beweis zugänglich sind, ist die FTC nicht eingeschritten 445., so z.B. nicht gegen die Werbung der Bristol-Myers Co., daß deren Zahnpasta das Lächeln verschönere 446. Darüber hinaus jedoch hat die FTC den von ihr sonst generell wahrgenommenen Umfang an behördlichem Beurteilungsspielraum zur Feststellung des Tatsachengehalts im genannten Bereich nicht ausgenutzt. Die untersagte Werbebehauptung der Liggett & Myers Co. 447., ihre Zigaretten seien kühler und milder, ist einer der seltenen Fälle, in denen eine Behauptung, die letztlich von einer Geschmacksfrage abhing, in eine Tatsachenäußerung - nämlich daß die Zigaretten weniger Reizstoffe enthielten - uminterpretiert wurde 448.

Die Grenzen sind auch hier völlig fließend. Die Werbung der Burns Cuboid Co., eines Fabrikanten von Schuhen, 449. " they are the modern way for foot relief ", " for increased comfort ", " better posture ", vom Berufungsgericht deswegen nicht für täuschend empfunden, weil die Wirkung des Schuhes vom Empfinden des Einzelnen

445. George J. Alexander, siehe Anm. 198., p. 21 sowie pp. 209-210

446. 46 FTC 162, 175, 1949

447. 55 FTC 354, 1958

448. siehe Anm. 447. pp. 361-363; ("coolness" aus anderen Gründen abgewiesen, Beweismangel, p. 369)

449. James H. Sewell Co. v. FTC, VI S. & C. 61, 66, 9th Circ. 1956

abhängig sei, wurde vom Supreme Court untersagt 450. Im Ergebnis hängt hier die Qualifizierung als Tatsachenbehauptung davon ab, ob ein beweisfähiger Gehalt in der Äußerung enthalten ist.

Als Beispiel können hier auch die Unterlassungsverfügungen gelten, in denen die Werbung mit Empfehlungen berühmter Filmstars dann untersagt wurde, wenn sie beinhaltete, daß das Produkt anderen Erzeugnissen vorgezogen werde. Die FTC hat diese Äußerungen insbesondere dann beanstandet, wenn das Produkt von dem Empfehlenden noch nicht einmal gebracht worden war 451.

dd. Werbung mit magischen Produkten

Diese Art der Werbung wird von der FTC angegriffen und untersagt. Verbotgrund ist nicht die mögliche Beeinflussung des Kaufentschlusses, sondern die Unwahrscheinlichkeit des Eintreffens der Behauptung 452.

b. Die notwendige Kausalität zwischen Tatsachenbehauptung und Kaufentschluß (" materiality ")

aa. Allgemeine Grundsätze

Die notwendige Kausalität zwischen Werbebehauptung

450. 353 US 1133, 1957, unter Hinweis auf die Entscheidung FTC v. Standard Education Society, 302 US 112, 113-117, 1937

451. R.J. Reynolds Co., 46 FTC 706, 731, 1950;
Stip. 9451, 58 FTC 1238, 1239, 1961

452. Great Britain Spiritualist Church, 29 FTC 782, 791, 1939;
Robina Studios, 33 FTC 1683, 1684, 1940

tung und Kaufentschluß ist dann gegeben, wenn letzterer durch eine Werbebehauptung beeinflußt werden kann. Dies wurde schon in der Entscheidung FTC v. Royal Milling Co. 453. ausgesprochen:

" ... deceived into purchasing an article,
which they do not wish or intend to buy "
464.

Erforderlich ist jedoch nicht nur ein Kausalzusammenhang schlechthin, sondern eine gewisse Relevanz desselben: allein durch Aufnahme einer Behauptung in den Werbetext mit dem Zweck, die Zuhörerschaft zu beeinflussen, ist diese noch nicht gegeben 455.

Die Behauptung muß geeignet sein, den Kaufentschluß wesentlich zu beeinflussen. Die gesetzliche Grundlage findet dieses Erfordernis in sect. 15 FTCA 456.; es wurde durch die Rechtsprechung auch in den Geltungsbereich der sect. 5 (a) FTCA übertragen, obwohl es darin nicht ausdrücklich gefordert wird.

In der Entscheidung Colgate Palmolive Co. 457. findet sich die Formulierung:

" a fact which would constitute a material factor in a purchaser's decision whether to buy ... " 458.

453. 288 US 212, 1932

454. siehe Anm. 453. no. 216; siehe auch FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 78, 1934

455. Note, Extrinsic Misrepresentations in Advertising under Sect. 5 (a) FTCA, 114 U.Penn. Law Rev. 725, 727, (1966)

456. "misleading in a material respect", 15. U.S.C. sect. 55

457. FTC v. Colgate Palmolive Co., VII S. & C. 1152, S.Ct. 1965

458. siehe Anm. 457. pp. 1163-1164

bb. Die Relevanz des Kausalzusammenhangs im einzelnen -

Die Auflösung des Erfordernisses der Relevanz

Trotz des oben zitierten engen Standards ist die FTC dazu gelangt, fast jede Werbebehauptung als relevant anzusehen. Nicht nur grundlegende Faktoren wie Preis und Qualität der Ware sind für den Verbraucher entscheidend, sondern auch jegliche Faktoren, die eine auch nur mittelbare Auswirkung auf Qualität und Preis haben können, wie z.B. die Indentität des Herstellers 459., Garantien 460. oder sonstige positive Beurteilungen 461. Auch wenn gar keine Beziehung zu Qualität oder Preis mehr feststellbar ist, jedoch eine Veranlassung des Verbrauchers zum Kauf, wird dies als adäquate Kausalität gesehen.

Die Kaufveranlassung kann sich aufgrund einer emotionellen Einflußnahme ergeben, so z.B. wenn erklärt wird, daß der bestimmte Kunde seiner Fähigkeiten wegen aus einer bestimmten Gemeinde herausgesucht worden sei 462. oder wenn dem

459. FTC v. Royal Milling Co., 288 US 212, 216, 1932

460. Clinton Watch Co. v. FTC, VII S. & C. 184, 186, 7th Circ. 1961

461. Niresk Industries v. FTC, VI S. & C. 727, 731, 7th Circ., cert. den. 364 US 883, 1960

462. FTC v. Standard Education Society, 86 F 2nd 692, 696, 2nd Circ. 1936, aff' 302 US 112, 1937

Kunden ein Test vorgespiegelt wird, auch wenn das Produkt die positiven Eigenschaften tatsächlich hat 463. Bezieht sich die Behauptung auf Qualität und Preis, so genügt dies dennoch für die Herstellung der erforderlichen Kausalität, selbst wenn der ausgelöste Kaufanreiz als kaum mehr nennenswert zu betrachten ist. In der Entscheidung Mary Carter Paint Co. 464. warb die beklagte Gesellschaft mit "two for one - \$ 6.98 per gallon", womit sie zwei Einheiten Farbe zum Preis von \$ 6.98 mit der Behauptung anbot, daß dies eigentlich der Preis für eine Verkaufseinheit sei. Die Besonderheit bestand darin, daß niemals eine Einheit Farbe allein angeboten worden war, sondern diese Werbung in ständiger Verkaufspraxis üblich war, und eine Einheit gleichartiger Farbe anderer Hersteller genauso teuer kam wie zwei Einheiten Farbe zum Kombinationspreis der Beklagten. Ausgelegt wurde dies als Behauptung, daß die beklagte Gesellschaft letztlich einen Normalpreis von \$ 6.98 für eine Verkaufseinheit ("gallon") habe 465. In seinem dissent stellte Commissioner Elman fest:

463. Colgate Palmolive Co. v. FTC, VII S. & C. 1152, 1163, S.Ct. 1965; der S.Ct. schloß sich der Auffassung der FTC in 59 FTC 1452, 1461, 1466-1467, 1961, an, daß manche Verkäufer sich wohl ohne Beweis der aufweisenden Qualität von Rapid Shave durch einen Text wohl nicht zum Kauf entschlossen hätten, siehe ausführlich bei Fernsehwerbung, S.

464. 60 FTC 1827, 1962

465. siehe Anm. 464. pp. 1850-1851

" but we are never informed as to who is or might be misled by Mary Carter's " buy one and get one free " offer or as to how the deception might be brought about, who, then was deceived? And how was he injured? " 466.

Auch das Berufungsgericht schloß sich diesen Ausführungen an 467. Doch der Supreme Court berief sich wiederum auf den behördlichen Beurteilungsspielraum 468.

Im Beweisverfahren hat die FTC den weiteren Vorteil, daß der Nachweis, der Käufer hätte bei Kenntnis der Sachlage einen anderen Kaufentschluß gefällt, nicht verlangt wird.

Von den Beklagten 469. dagegen wurde häufig unter Berufung auf die Entscheidung Bockensette v. FTC 470. die Notwendigkeit einer solchen Entscheidung betont; dort wird ausgeführt, der Käufer hätte durch die Werbebehauptung zu einem nicht gewollten Kauf veranlaßt werden müssen 471. Die Bedeutung der

466. siehe Anm. 464. p. 1964

467. Mary Carter Paint Co. v. FTC, VII S. & C. 929, 933-934, 5th Circ. 1964

468. FTC v. Mary Carter Paint Co., VII S. & C. 1403, 1405-1406, S.Ct. 1965

469. auch noch kürzlich im Fall Firestone Tire & Rubber Co., siehe Anm. II. 95. p. 314

470. 134 F 2nd 369, 10th Circ. 1943.

Die Entscheidung Indiana Quartered Oak Co. v. FTC, 26 F 2nd, 420, 342, 2nd Circ. 1928, betrifft nur Beweisforderungen bei gegen Mitbewerber gerichteten ungesetzlichen Handlungen.

471. siehe Anm. 470. p. 371

Formulierung erschöpft sich im zitierten Fall jedoch darin, daß die Täuschungsgefahr auch durch die Feststellung, der Käufer sei zu ungewollten Geschäftsabschlüssen veranlaßt worden, bewiesen werden kann.

cc. Fortwirkung einer einmal verursachten Täuschung

Nicht selten erfolgt eine Täuschung nur zu dem Zweck, zum Verbraucher überhaupt Kontakt zu bekommen (" first contact cases "). Auch wenn die Täuschung vom Verkäufer noch vor Vertragsabschluß auf wirksame Weise ausgeräumt wird und der Käufer also nicht im Hinblick auf die täuschende Angabe kauft, läßt die FTC den möglichen Konnex zwischen täuschender Anbahnung der Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluß genügen.

Diesen aus vorgehenden Entscheidungen komprimierten Grundsatz wiederholte das Gericht in der Entscheidung Exposition Press Inc. v. FTC 472.:

" the law is violated ... if the first contact is secured by deception 472. a. ... even though the true facts are made known to the buyer before he enters into the contract of purchase 472. b. ... " 473.

-
472. VII S. & C. 240, 2nd Circ. 1961; siehe auch die Entscheidung Book-of-the-Month-Club Inc. v. FTC, V S. & C. 508, 511, 2nd Circ. 1953
- 472.a. FTC v. Standard Education Society, 302 US 112, 115, 1937
- 472.b. Progress Tailoring Co. v. FTC, 153 F 2nd, 103-105, 7th Circ. 1946
473. siehe Anm. 472. p. 244

Bemerkenswert ist, daß insb. in Fällen von der letztgenannten Art schwacher Kausalität die Un-
gesetzlichkeit der Handlung primär mit dem nach-
teiligen Effekt auf die Mitbewerber begründet
wird:

" it is a permissible inference that Expo-
sition by its misleading initial approach
attracted business which it would not
otherwise have obtained " 474.

der hier wohl nicht nur als Relikt aus dem Zeit-
raum zu sehen ist, in dem eine Beeinträchtigung
des Wettbewerbs nachzuweisen war 475.

dd. Die Fiktion der Beeinflussung des Kaufentschlusses

Anstelle der oft nicht näher präzisierten Ver-
brauchervorstellungen sind auch in den Trade
Regulation Rules und Guides niedergelegte Stan-
dardisierungen maßgeblich. Entspricht das Pro-
dukt nicht den standardisierten Anforderungen,
so wird die Werbung ohne jegliche weitere Prüfung
unterbunden. So wurde die Bezeichnung " water-
proof " für Schutzfarbe beanstandet, weil mit
der gesetzlichen Definition die Wortbedeutung
in den " Trade Practice Rules for the Masonry
Industry: " auf absolute Wasserundurchlässig-
keit festgelegt worden war, obwohl darüber Klar-
heit bestand, daß überhaupt noch kein Produkt
am Markt war, das Mauerwerk vor dem Eindringen
von Nässe vollkommen schützen konnte 476.

474. siehe Anm. 472. p. 244

475. siehe S. 41 - 42

476. Prima Products v. FTC, V S. & C. 593, 596-597,
2nd Circ. 1954

Völlig einseitige Festlegungen finden sich auch auf dem Gebiet der Preiswerbung, insbes. im Zusammenhang mit Angaben über die Distributionsstufe 477., wie z.B. für die Bezeichnung "wholesaler" 478. oder "list price" 479. Die Beeinflussung des Kaufentschlusses als notwendiges Merkmal der Ungesetzlichkeit kommt auch dann nicht mehr zur Geltung, wenn auf Standards der Mitbewerber abgestellt wird, so wenn z.B. innerhalb einer bestimmten Branche eine Warenbezeichnung auf eine bestimmte Zusammensetzung der Bestandteile hindeutet. Aus diesem Grund darf z.B. für Briefpapier mit der Bezeichnung "rag content" nur geworben werden, wenn der Gewebeanteil 25 % beträgt 480. Bei traditioneller Benutzung einer bestimmten Herstellungsmethode bleibt die kennzeichnende Angabe den in diesem Fertigungsverfahren hergestellten Waren vorbehalten, auch wenn keine spezielle Verbraucherpräferenz festgestellt werden kann, wie die zahlreichen Verfahren bez. des Begriffs "goldplated" 481. widerspiegeln.

-
477. George J. Alexander, Federal Regulation of False Advertising, 17 Kansas L. Rev. 573, 578-579 (1969)
478. L. & C. Mayers Co. v. FTC, 97 F 2nd 365, 366-367, 2nd Circ. 1938
479. Giant Food Corp. v. FTC, VII S. & C. 710, 716, D.C. Circ. 1963
480. Puritan Stationery Co., 20 FTC 341, 342-343, 1935
481. Long-Koch Co., 10 FTC 128, 132-133, 1926, "14 k", "10 k"; Lifetime Cutlery Corp., 57 FTC 1265, 1270, 1960, keine Verwendung bei elektrolytischem Prozeß; The Englishtown Corp. 56 FTC 672, 674, 1959, "gold-electroplate".

Die FTC hat sich hier manchmal, um nicht offiziell das Erfordernis der konkreten Kausalität zur Verbraucherentscheidung aufgeben zu müssen, zu Kunstgriffen in der Begründung verleiten lassen:

" although the ordinary buyer does not know, how chamois is made, he is entitled to believe that the particular product sold under that name is in fact " chamois " as that fact is understood by manufacturers and distributors " 482.

4. Die Wahrheit einer Werbebehauptung (" truth ")
Ein Verbot muß dann erfolgen, wenn der behauptete Sachverhalt und die Wirklichkeit auseinanderfallen. Das ist dann der Fall, wenn das Produkt schlechter ist, als vorgetäuscht wurde, aber auch dann, wenn andere, jedoch nicht schlechtere Eigenschaften vorhanden sind 483.

a. Irrelevanter Wahrheitsgehalt

In einigen Fallgruppen führt, auch wenn Behauptungen und Wirklichkeit nicht auseinanderfallen, doch die Irrelevanz des vorhandenen Wahrheitsgehalts zum Verbot.

Das gilt insb., wenn der behauptete Bestandteil im Produkt zwar enthalten ist, aber keine Wirkung entfalten kann, weil er in zu geringen

482. Atlantic Sponge & Chamois Corp. 52 FTC 500, 531, 1955

483. FTC v. Royal Milling Co., siehe Anm. 453, no. 216

Mengen enthalten ist 484. oder die Wirksamkeit auch ohne den Bestandteil bei gleichbleibendem Produkt erzielt werden kann 485. oder ein tatsächlich gegebener Vorteil des Produktes keine Bedeutung hat 486.

Auch bei der Werbung mit Selbstverständlichkeiten ist ein gegebener Wahrheitsgehalt unbeachtlich, weil es nicht zulässig ist, einen Vorteil des eigenen Produkts hervorzuheben, den so gut wie alle anderen vergleichbaren Konkurrenzprodukte ebenfalls haben. In der Entscheidung Lan-gendorf United Bakeries wurde damit geworben, daß die hergestellte Brotsorte 5 x so viel Vitamine habe wie nicht mit Vitaminen angereichertes Brot, das jedoch kaum noch vertrieben wurde.

Die FTC verbietet diesen Vergleich 487.

-
484. Pond's Extract Co., 33 FTC 1253, 1264, 1936, zu geringer Vitamingehalt für Hautcreme; Dennison Bros., 22 FTC 786, 793, 1936, "Butt - R - milk soap" enthielt nahezu keine Buttermilch; Rubber City Paint Co., 14 FTC 331, 335, 1931, nur 5,7 % Asbestgehalt, der Feuergefährlichkeit nicht hindert.
485. § 19.511 Lever Bros. Co., Inc., File No 7023483, 3/3/71, Flecken konnten genau so gut ohne den neuen Zusatz entfernt werden; Wirkung nur im Zusammenhang mit anderen Faktoren; § 19.734 J.B. Williams Co., Inc., File No. 712 3369, 7/28/71
486. § 19.838 Warner Lambert Pharmacal Co., File No. 6923248 11/3/71, die Fähigkeit von "Listerine" zur Abtötung von Bakterien hatte keinen Einfluß auf Erkältungskrankheiten.
487. 43 FTC 132, 141, 143, 1946

Untersagt wird auch die Herabsetzung von Mitbewerbern, wenn die eigenen Produkte genau die gleichen Nachteile haben 488. Lassen sich die konkurrierenden Produkte überhaupt nicht vergleichen, ergeht ebenfalls eine Unterlassungsverfügung. Die Lekas & Drivas Inc. warb damit, daß ihr Öl 3 1/2 x so viel Nährwert habe als getrocknetes Fleisch in vergleichbarer Menge. Nach Auffassung der FTC ließ sich jedoch der Nährwert von Fettsäuren und Proteinen nicht vergleichen 489.

Eine Behauptung wird auch dann verboten, wenn sie die angegebene Funktion des Artikels nicht beweisen kann. Im Fall Hutchinson Chemical Corp. 490. behauptete der Hersteller einer Autopolitur, daß sein Produkt den Lack kälte- und hitzewiderstandsfähig mache. Zum Nachweis wurde Benzin auf eine einpolierte Motorhaube geschüttet, angezündet und bereits nach 1 - 2 Sekunden wieder gelöscht, wobei die Hitzeentfaltung so geringfügig war, daß die Hitzewiderstandsfähigkeit damit nicht nachgewiesen werden konnte 491.

-
488. Columbia Appliance Corp., 45 FTC 379, 385, 1948, andere Waschmittel seien feuergefährlich und gesundheitsschädlich, was auf die eigenen auch zutraf; ebenso Unicorn Press, 47 FTC 258, 265, 1950, andere Enzyklopädien enthielten überholtes Material.
489. 37 FTC, 11, 15, 1943, aff. Lekas & Drivas Inc. v. FTC, 145 F 2nd 976, 2nd Circ. 1944
490. 55 FTC 1942, 1959
491. pp. 1946-1947, der hearing examiner hatte zurückgewiesen, weil er darin keine Täuschung sah, p. 1944

b. Die verschiedenen Anforderungen an den Umfang des Wahrheitsgehalts

An den Umfang des Wahrheitsgehalts können verschiedenartige Anforderungen gestellt werden 492.

aa. Höhere Anforderungen an den Wahrheitsgehalt im "labeling" - Bereich

Die Unterscheidung zwischen Werbung ("advertising") und Beschriftung einer Packung bzw. Ware ("labels", "labeling") ist traditionell. Der Verbraucher verbindet mit Angaben auf Waren oder Warenausstattungen Vorstellungen einer größeren Korrektheit:

"advertising is a kind of persuasion, labeling a kind of information" 493.

Werbung wird mit größerer Vorsicht genossen:

"consumers accept labeling statements literally while viewing with a more jaundiced eye the vaunted claims of advertising media" 494.

Die Beachtung dieser differenzierten Anforderungen wird von der FTC in ständiger Spruchpraxis verlangt 495.

492. "full truth" - "complete truth" siehe S. 70 - 71

493. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1117

494. Korber Hat's Inc. v. FTC, VII S. & C. 611, 614, 1st Circ. 1962

495. Exposition Press Inc. v. FTC, VII S. & C. 240, 244, 2nd Circ. 1961

bb. Höhere Anforderungen an den Wahrheitsgehalt bei schutzwürdigem Personenkreis

In den letzten Jahren hat die FTC den erforderlichen Wahrheitsgehalt erkennbar von der Schutzwürdigkeit des betroffenen Personenkreises abhängig gemacht und seine Durchsetzung auf dem Umweg über das Erfordernis umfassenderer aufklärender Zusätze verwirklicht.

Dieses gilt insbes. für die Werbung mit rezeptfreien Medikamenten 496., sowie für Werbung, die an ältere, hilflose Menschen gerichtet ist:

" such an importance (der Hörgeräteindustrie) demands the highest degree of responsibility and fairness " 497.

Die gleichen Anforderungen werden gestellt, wenn Berufsinteressen mit ihren weittragenden Folgen auf dem Spiel stehen 498. oder der Interessentenkreis aus ärmlichen Verhältnissen stammt und mangelnde Bildung hat 499.

c. Die Korrektur täuschender Behauptungen durch Zusätze

Das Ziel eines Werbenden, von dem ein Zusatz zur

496. Merck & Co., Inc. v. FTC, 1968 Suppl. S. & C. 725, 731-732, 6th Circ. 1968

497. § 19.627 Mather Hearing Aid Distributors, Dkt. 8791, 4/29/71

498. § 19.691 La Salle Extension School, Dkt. 5907, 6/24/71

499. § 19.737 Eastern Detective Academy Inc., Dkt. 8793, 6/30/71: "a commercial enterprise has certain very definite minimum obligations in handling these kinds of transactions under circumstances in which the laymen typically involved has no notion for his need of a lawyer"

Qualifizierung seiner täuschenden Behauptung verlangt wird, wird es sein, auch hier um eine deutliche negative Aussage herumzukommen. Die FTC dagegen fordert volle Verständlichkeit des Inhalts 500. des Zusatzes. Dieser muß auch den vollen Inhalt der Einschränkung verdeutlichen 501., wobei Fachkenntnisse beim Verbraucher nicht vorausgesetzt werden dürfen 502. Die Beifügung des Zusatzes darf nicht als bedeutungslose, irrelevante Tatsache erscheinen 503.

- aa. Anforderungen an die Vollständigkeit der Zusätze
Grundsätzlich dürfen keine anderen als die Täuschung ausräumende Zusätze gefordert werden. Zusätze mit einem darüber hinausgehenden Inhalt bilden bereits den Übergang zur informativen Werbung 504.
Ein interessanter Maßstab, der die fließenden Grenzen aufzeigt, findet sich in einer kürzlich ergangenen vorläufigen Entscheidung eines hearing

-
500. § 20.095 Jewelers Vigilance Committee Inc., advisory opinion, File No. 723 7007, 8/18/72, "18 K. H.G.E." läßt nicht erkennen, daß "Heavy Gold Electroplate" gemeint ist.
501. Royal Oil Corp. v. FTC, VI S. & C. 477, 482, 4th Circ. 1959, "rerefined oil" verdeutlicht nicht, daß bereits gebrauchtes Öl verkauft wird.
502. Maurice J. Feil v. FTC, siehe Anm. 250. pp. 884-885
503. § 17.339, J.B. Williams Co., Dkt. 8547, 9/28/65, "check with your doctor" als überflüssige Vorsichtsmaßnahme
504. siehe dort S. 167 - 168

examiners:

" an advertisement must be truthful - its representations should be reasonably free from erroneous and misleading statements. To comply with the FTCA, an advertisement must be akin to a passport for the complete truthfulness of the statements contained therein. Where, as here, conditions to offer exist, unsophisticated clues to the conditions should be as obvious on the face of the advertisement as the inducing offers themselves " 505.

Inwieweit sich ein solch weitgehender Standard durchsetzen wird, bleibt noch abzuwarten. Jedenfalls zeichnet sich aber bereits ein Trend zur Anordnung ausführlicherer Zusätze ab. In einer vorläufigen Klageerhebung gegen die Control Data Corp. sah die Unterlassungsverfügung eine Ergänzung der Werbung, daß ein dringender Bedarf für Fachkräfte im EDV-Bereich bestehe, durch Zusätze vor. Diese mußten genaue Angaben enthalten über die Prozentzahl der Kursusteilnehmer, die eine ihrer Ausbildung entsprechende Anstellung zu welchen Anfangsgehältern gefunden hatten, sowie auch die Namen von Arbeitgebern dieser Branche angeben 506.

Vollständigere Zusätze werden auch im Zusammenhang mit dem Schutz besonderer Personenkreise

505. § 20.044, Spiegel Inc., initial decision to cease and desist, Dkt. 8869, 6/23/72

506. § 19.980, prop. complaint, File No. 712 3517, 5/2/72

durchgesetzt 507.

bb. Die Placierung der Zusätze

Selbstverständliches Erfordernis ist, daß die Zusätze im Zusammenhang mit der Werbung gut ersichtlich sind ("clear and conspicuous"); dies hängt jedoch in erheblichem Umfang von den jeweiligen Umständen ab. Der Hinweis, daß eine gekürzte Ausgabe eines Buches vorliegt, hat in der Werbung, auf dem Deckblatt des Buches und auf der Titelseite zu erscheinen 508., wobei Druckgröße und Farbe von den Umständen bestimmt werden. Ein Zusatz in nicht unmittelbarer Nähe des Titels muß zumindest sofortige Aufmerksamkeit auf sich ziehen 509. Auch hier zeigt sich eine Tendenz zu strengerer Behandlung: in der Entscheidung La Salle Extension University 510. wurde verfügt, daß die im qualifizierenden Zusatz erscheinende Schrift die gleiche Größe und gleiches Erscheinungsbild haben muß wie die richtigzustellende Behauptung und gegebenenfalls auf jeder Seite eines Werbematerials zu stehen hat.

-
507. siehe hierzu S. 203§ 19.627 Mather Hearing Aid Distributors, Anm. 497.: "the nature of respondents products and the age and susceptibility of their prospective customers make such an affirmative disclosure necessary"
508. § 18.045, Belmont Productions, Dkt. 8613, 8/28/64, im dortigen Text noch nicht aufgenommen, siehe jedoch § 7557 No. 15 2CCH Trade Regulation Reporter.
509. Bantam Books Inc. v. FTC, VI S. & C. 744, 748, 2nd Circ. 1961. In der Entscheidung New American Library of World Literature v. FTC, V S. & C. 638, 642, 2nd Circ. 1954. wurde die Befugnis der FTC, eine bestimmte Placierung anzuordnen, abgelehnt.
510. siehe Anm. 498

Eine Aufnahme der Zusätze in vollem Umfang bereits in die Werbung wird angesichts der geforderten Vollständigkeit oft zu Schwierigkeiten führen. Deshalb dürfen in der Werbung selbst Pauschalangaben gebracht werden, wenn die Pakungen volle Aufklärung bringen, so z.B., daß ein Fleckenmittel nicht alle Flecken entfernen könne, wenn die Warenbeschriftung dann genau aufgeführt, welche Flecken damit gemeint sind 511. oder, daß ein Frostschutzmittel gefährlich für eine Kühlanlage werden könne, wenn die konkreten Gefahren auf der Verpackung stehen 512.

Bei medizinischen Produkten werden heute umfangreiche Zusätze auch in der Werbung selbst angeordnet, auch wenn keine schwere Gesundheitsgefahr droht 513. Bei gesundheitsgefährdenden Mitteln wird volle Aufklärung unter Hinweis auf sämtliche Risiken auch schon in der Werbung für erforderlich gehalten 514.

-
511. § 19.511 Procter & Gamble Co., Inc., File No. 712 3670 6/32/72
512. § 20.030 E.I. du Pont de Nemours & Co., Dkt. 8870, 6/16/72
513. § 20.039 J.B. Williams Co., Inc., File No. 712 3670 6/22/72, bei der Werbung für "Vivarin", einem Aufputzmittel, mußte angegeben werden, daß Koffeingehalt von ca. 2 Tassen Kaffee gegeben war.
514. § 19.941 Medi - Hair International, Dkt. 8830, 3/15/72, zu erwartende Nebenfolgen der Implantation von Drähten, auf die echtes Kopfhhaar aufgeknüpft war, in die Kopfhaut mußten angegeben werden, ebenso, daß das System zu kurze Zeit in Gebrauch sei, um die möglichen Nebenfolgen absehen zu können und sehr hohe Arztkosten im Zusammenhang damit anfallen konnten.

d. Der Beweis der Wahrheit einer Werbebehauptung

Der Nachweis der Unwahrheit einer Werbebehauptung ist das schwierigste, zeitraubendste und kostspieligste Element im Verfahren 515.

Es beginnen "Expertenschlachten" 516. und umfangreiche Testverfahren 517.

aa. Die Anforderungen an die Beweisführung

Die FTC kann hier nicht lediglich aufgrund ihrer speziellen Fachkenntnis entscheiden, sondern muß, wenn auch in begrenztem Umfang 518., Beweis führen 519.

Sie verfügt jedoch auch hier über weites Ermessen, Konflikte im Beweismaterial zu lösen 520. Es endet nur dann, wenn dem beklagten Unternehmen selbst die Möglichkeit zum Kreuzverhör des behördeneigenen Experten genommen wurde 521. oder wenn dessen Aussagen falsch interpretiert wur-

515. Glen E. Weston, siehe Anm. 229., pp. 563-564

516. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II. 4. p.1078

517. Evis Mfg. Co. v. FTC, VII S. & C. 52, 67, 73, 9th Circ. 1964; 40.000 Schritte auf eingewachstem Boden, um festzustellen, wie lange Wachs Boden trotz Benutzung glänzend hielt.

518. Stanton Blanket Co. v. FTC, VII S. & C. 1423, 1425, 2nd Circ. 1965, bei Verkauf von 1 Mio. Decken ausreichender Beweis, wenn 5 falsch ausgezeichnete Decken vorgelegt werden.

519. unter Anwendung der Beweisgrundsätze, wie sie bereits beim Beweis der Bedeutung einer Werbebehauptung dargestellt wurde, siehe S. 170 - 172

520. Bristol-Myers Co. v. FTC, V S. & C. 204, 210, 4th Circ. 1950; Carter Products Inc. v. FTC, VI S. & C. 598, 633-634, 9th Circ. 1959

521. Dolcin Corp. v. FTC, V S. & C. 646, 652, D.C. Circ. 1954

den und an sich die Wahrheit der Behauptung erweisen 522. Die Beweislast für die Unwahrheit einer Behauptung liegt grundsätzlich bei der FTC. Sie erleichtert sich diese unangenehme Bürde aber dadurch, daß sie überwiegend vertretene Expertenmeinungen übernimmt, und zwar auch dann, wenn deren Richtigkeit sich noch nicht mit Sicherheit feststellen läßt 523.

Ist die Unwahrheit der Behauptung nicht beweisbar, weil sich z.B. diametral entgegengesetzte, gleichwertige Expertenmeinungen gegenüberstehen, wurde früher zugunsten des beklagten Unternehmens entschieden 524.

Diese mit Blick auf eine Verbraucherschutzgesetzgebung 525. wenig glückliche Entscheidung scheint aufgegeben worden zu sein. In einer Klage gegen die American Home Products Co. 526., in der es um die unter Experten erheblich umstrittene Wirkung von Aspirin ging, wurde eine Unterlassungsverfügung mit einem Verbot positiver Behauptungen über die umstrittene Wirkungsweise vorgesehen. Auch außerhalb des streitigen Verfahrens er-

522. *Folds v. FTC*, V S. & C. 271, 276-277, 7th Circ. 1951

523. *Steelco Stainless Steel Inc. v. FTC*, V S. & C. 265, 272, 7th Circ. 1961

524. *Lambert Pharmacal Co.*, 38 FTC 726, 742, 749, 1944; (auch in 32 FTC 1376 steht nichts)

525. Callmann, *Unfair Competition and Trademarks*, § 19.2. (b)(3) p. 363 (2nd ed. 1950), Verbraucher als "Versuchskaninchen": (the purchaser should not be relegated to the status of a guinea pig)

526. § 19.962, File No. 702 3287, 4/19/72

gangene Maßnahme deuten auf eine künftige Verlagerung der Beweislast auf die Unternehmen hin: Das sogen. "ad substantiation program" enthält Aufforderungen an mehrere namhafte Hersteller von besonders häufig gekauften Konsumartikeln - auch wenn deren Wirkungsweise nicht gerade Gegenstand von Expertenfehden ist - die Richtigkeit ihrer Werbebehauptungen zu substantiieren 527. Einen indirekten Zwang zur vorherigen Überprüfung der Werbebehauptungen übt die FTC durch ihre neuartige Interpretation mancher Werbebehauptungen in dem Sinn aus, daß Tests über die Wirkungsweise der beworbenen Produkte geführt worden seien 528.

- bb. Die Zulässigkeit und Benutzung von Beweismitteln
Ein Zeugenbeweis durch einzelne Verbraucher kommt schon aus dem praktischen Grund, daß die Präsen-

-
527. § 19.698 Automobilhersteller
§ 19.771 Rasierapparate und Luftkühlungsanlagen
§ 19.879 Zahnpastahersteller
§ 19.905 Hersteller von Mitteln gegen Erkältungskrankheit
§ 20.009 Hersteller von Autoreifen
§ 20.040 Seifen- und Waschmittelproduzenten
§ 20.059 Hersteller von Hörgeräten
§ 20.828 Hersteller von Fernsehgeräten

Ob das Programm sinnvoll ist, läßt sich noch nicht sagen, siehe hierzu § 50.135 Trade Regulation Reporter; siehe auch Trade Regulation Reports Nr. 21 (1972): Ziel der "Abschreckungswert" im Hinblick auf nicht erwiesene Behauptungen; ob die gewünschte Verbraucherinformation erreicht werden kann, ist fraglich. Aus diesem Grund wurde auch der "Truth in Advertising Act of 1971", S. 1461, zurückgestellt.

528. siehe hierzu ausführlicher bei Täuschung durch Schweigen, S. 162 - 163

tifizierung zufriedener Käufer keine Einrede bildet 529., nicht in Betracht, (weil auch meist Tatsachen) ganz abgesehen davon, daß die nachzuweisenden Tatsachen meist außerhalb des Verbraucherverständnisses liegen.

Das häufigst benutzte und hier auch geeignete Beweismittel ist der Sachverständigenbeweis

530. Relevant ist er auch dann, wenn die befragten Experten keine spezielle Erfahrung mit dem konkreten Produkt, sondern nur allgemeine Fachkenntnis haben 531.

Umfragen sind dann in Betracht zu ziehen, wenn Verbrauchergewohnheiten Gegenstand des Beweises sind 532.

cc. Die Benutzung von Standardfestsetzungen

Standardfestsetzungen im Qualitätsbereich werden in den USA in erheblichem Umfang behördlich durchgeführt 533. Die Nichterfüllung eines "Stan-

529. Basic Books Inc. v. FTC, VI S. & C. 781, 784, 7th Circ. 1960; Independent Directory Corp. v. FTC, Anm. 243., p. 282

530. Ira M. Millstein, siehe Anm. 19. p. 479

531. John J. Fulton Co. v. FTC, 130 F 2nd 85, 86, 9th Circ. 1942; Justin Haynes & Co. v. FTC, 105 F 2nd 988, 989, 2nd Circ. 1939.

In Fällen täuschender Preiswerbung werden insbes. Fachleute aus dem Bereich des Handels herangezogen, so wenn die mühsame Übersicht über die in einer Geschäftszone vorherrschenden Einzelhandelspreise, siehe S. 345, erspart werden soll, Giant Food Inc. v. FTC, VII S. & C. 710, 721, D.C. Circ. 1963

532. American Tobacco Co., 47 FTC 1393, 1403, 1951, "Tabakexperten bevorzugen Lucky Strike";

533. George J. Alexander, siehe Anm. 198. p. 91, footnote 68

dards " kann ohne weiteren Beweis die Unwahrheit einer Werbebehauptung indizieren. Eine generelle Bindung ihrerseits an die von anderen Behörden gesetzten Standards hat die FTC bereits in der Entscheidung FTC v. Algoma Lumber Co. 534. 535. mit der treffenden Begründung abgelehnt, daß die von anderen Behörden zur Vereinfachung des Wirtschaftsverkehrs getroffenen Standardisierungen nicht unbedingt die Anforderungen der Lauterkeit des Wettbewerbs berücksichtigen 536. 537.

Manchmal hat sie jedoch auch die von anderen Behörden gesetzten Standards benutzt 538. Eigene Standards wurden im streitigen Verfahren im Qualitätsbereich kaum gesetzt 539., auch im Quantitätsbereich nicht 540. Auch im Hinblick auf die selbstgesetzten Standards bejaht die FTC keine grundsätzliche Bindung 541., wenn sie auch meist von ihr beachtet werden 542.

534. 291 US 67, 1934

535. Das US Bureau of Standards hatte "white pine" als Bezeichnung für die Gattung der "yellow pine" gebilligt.

536. siehe Anm. 534., no. 75

537. ebenso Atlantic Sponge & Chamois Corp., 52 FTC 500, 529, 1955, "type II chamois"

538. Lightmore Appliance Corp., 28 FTC 1084, 1099, 1939

539. George J. Alexander, siehe Anm. 198., p. 91

540. siehe Anm. 539., pp. 97-99

541. Amasia Importing Corp., 48 FTC 37, 49-50, 1951

542. § 19.440 Sharp Electronics Corp., File no. 695 8076, 12/4/70

5. Der erforderliche Schaden (" damage ") 543.

a. Allgemeine Grundsätze

Vorschriften über die Notwendigkeit des Vorliegens eines Schadens sind in keiner Bestimmung des FTCA enthalten.

Seit der Entscheidung FTC v. Winsted Hosiery Co. 544., die vom Nachweis eines konkreten Schadens - allerdings beim Mitbewerber, der durch täuschende Werbung beeinträchtigt wurde - absah 545., wird der Nachweis eines tatsächlichen Schadens weder bei Mitbewerbern noch bei Verbrauchern für erforderlich gehalten.

Im Bereich der täuschenden Werbung genügen nach ständiger Spruchpraxis Feststellungen über die Täuschungseignetheit und Täuschungsgefahr (" capacity and tendency to deceive ") einer Werbebehauptung 546. und damit die bloße Möglichkeit eines Schadens. Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Zwecks des Wheeler-Lea Amendments, das auf Schutz des Publikums vor Täuschungsschäden abzielte, ist stets eine, wenn auch mehr theoretische Verbindung mit einem Schadenserfor-

543. siehe hierzu allgem. Note, Illusion or Deception, The Use of Props and Mock-ups in Television Advertising, 72 Yale L.J. 145, 146-151 (1962)

544. 258 US 483, 1922

545. siehe hierzu S. 43, Anm. 27

546. siehe Anm. 364; hier zeigt sich die Verbindung der "incipiency-theory", siehe S. 47, zum Gebiet der täuschenden Werbung, Abel Allan Goodman v. FTC, VI S. & C. 284, 307, 9th Circ. 1957

dernis aufrechterhalten worden 547.

b. Die Arten des möglichen Schadens

Die möglichen Kategorien der Beeinträchtigung bestehen in der Verursachung eines unmittelbaren materiellen Schadens 548. oder eines physischen Schadens 549.

Immaterieller Schaden liegt bereits dann vor, wenn auch nur das Recht auf eigene Wahl verletzt wird.

Wie im deutschen Recht braucht sich ein Käufer keine anderen als die angepriesenen Waren aufdrängen lassen, auch wenn sie genauso gut oder sogar noch besser 550. sind als diejenigen Waren, welche der Käufer aufgrund der Werbung erwartet, selbst wenn die Erwartung des Käufers auf einem Vorurteil beruht. In der grundlegenden Entscheidung FTC v. Algoma Lumber Co. 551. heißt es:

-
547. H.R. Rep. No. 1613, 75th Cong. 1st Sess. 3 (1937):
"By the proposed amendment to sect. 5, the Commission can prevent such acts and practices which injuriously affect the general public ... it makes the consumer, who may be injured by an unfair trade practice of equal concern ..."
548. FTC v. Civil Service Training Bureau, siehe Anm. 243., täuschende Behauptungen über die Chancen eines Schulbesuchs
549. Gelb v. FTC, Anm. 214., Haarfärbemittel konnte Blindheit verursachen.
550. Ohio Leather Co. v. FTC, 45 F 2nd 39, 41, 6th Circ. 1930; National Silver Co. v. FTC, 88 F 2nd 425, 2nd Circ. 1937
551. 291 US 67, 1934

" the consumer is prejudiced, if upon giving an order for one thing, he is supplied with something else. In such matters, the public is entitled to get what it chooses, though the fashion or even by ignorance " 552.

Die Unbeachtlichkeit einer Preisersparnis für den Verbraucher ist in der genannten Entscheidung zwar ausdrücklich festgestellt 553., ergibt sich praktisch, aber auch aus der Kombination des niedrigen Intelligenzstandards mit obigem Grundsatz des Schutzes auch von Vorurteilen 554.

Das Recht auf eigene Wahl kann auch dadurch negiert werden, daß dem Verbraucher Tatsachen vorenthalten werden, aufgrund derer er möglicherweise - trotz völliger Gleichwertigkeit der Produkte - eine andere Kaufentscheidung getroffen hätte. Dieser Grundsatz ist in den sogen. " rerefined oil " - Fällen entwickelt worden. Die Hersteller vertrieben re-raffiniertes Öl, also Öl, das schon einmal als Motoröl gebraucht worden war, in gleichen Be-

552. siehe Anm. 551., no. 78,

Eine im Prinzip schon ähnliche Entscheidung erging in FTC v. Royal Milling Co., 288 US 212, 216, 1932: "if consumers or dealers prefer to purchase a given article, because it was made by a particular manufacturer ... they have a right to do so and this right cannot be satisfied by imposing on them an exactly similar article or one equally as good, but having a different origin".

553. siehe ausführlich S. 232

554. George J. Alexander, s. Anm. 198., p. 67

hältern wie ungebrauchtes Öl. Die Qualität beider Öle war vollkommen gleichwertig. Auf die Tatsache des Erstgebrauchs wurden die Käufer in keiner Weise hingewiesen. Weil diese sich darüber auch keine Vorstellungen machen konnten, war für die Anwendung des " Algoma Lumber Co.-Prinzips " keine Handhabe gegeben 555.

Der Begriff des immateriellen Schadens ist hier bereits an der Grenze der Auslegungsfähigkeit angelangt.

Eine völlige Loslösung vom Erfordernis eines Schadens erfolgte in der Entscheidung Colgate Palmolive Co. v. FTC 556. In diesem Fall wurden allein die täuschenden Mittel der Übermittlung einer Behauptung verboten, wobei sich die Täuschung weder direkt noch indirekt auf das Produkt bezog und die impliziten Qualitätsbehauptungen richtig waren. Die Zuständigkeit der FTC für ein Verbot von Behauptungen, welche keine Beziehung zur wahren Qualität oder zum Preis haben (" extrinsic misrepresentations ") 557., hatten Berufungsgerichte wie-

-
555. Dissent des Richters Breitenstein in *Kerran v. FTC*, VI S. & C. 533, 536, 10th Circ.1959
556. VII S. & C. 1152, 1165, S.Ct. 1965: "... the seller has used a misrepresentation to break down what he regards to be an annoying or irrational habit of the buying public ... the preference for verification of a product claim ..."
557. siehe allgem. Note, *Extrinsic Misrepresentation in Advertising* under sect. 5 (a) FTCA, 114 U.Pa.L.Rev. 725-732 (1966)

derholt in Frage gestellt 558. Sie wurde durch die Entscheidung des Supreme Courts jedoch bestätigt. Als Schaden kann hier allein noch die Tatsache der Auslösung des Kaufentschlusses durch Trickvorführungen gelten, allerdings mit der Besonderheit, daß der Käufer genau das Produkt erhält, das er wünscht und dieses die erwarteten Qualitäten hat.

6. Der subjektive Tatbestand

a. Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Willensrichtung des Werbenden

Weder die Feststellung eines Vorsatzes oder einer Täuschungs- oder Schädigungsabsicht, noch die einer Gutgläubigkeit des Werbenden haben Einfluß auf den Erlaß einer Unterlassungsverfügung 559.

Dieses Ergebnis wird unterschiedlich begründet. Die Schmälierung der Wettbewerbsposition der Konkurrenten (" diversion of trade theory ") tritt ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Gutgläubigkeit der Organe des beklagten Unternehmens ein 560., ebenso die ungerechtfertigte Bereicherung des beklagten Unternehmens 561.

558. Carter Products Inc. v. FTC, ^VVII S. & C. 794, 800-801, 5th Circ. 1963;

Colgate Palmolive Co. v. FTC, VII S. & C. 574, 581, 1st Circ. 1962

559. Ford Motor Co. v. FTC, 120 F 2nd 175, 181, 2nd Circ. 1941, cert. den. 314 US 668, 1941

560. Gimbel Bros. v. FTC, 116 F 2nd 578, 579, 2nd Circ. 1941

561. FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 81, 1934

Die tragende Begründung ergibt sich heute jedoch aus dem Schutz des Verbrauchers vor Täuschung 562.

b. Ausnahmen

Eine gewisse Rolle, quasi als Entscheidungshilfe, kann der subjektive Tatbestand bei der Begründung der Geeignetheit einer täuschenden Behauptung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses (" materiality ") und bei der Feststellung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung spielen 563.

Kontinuierliche aufwendige Werbemaßnahmen sprechen per se für die Absicht der Beeinflussung des Kaufentschlusses und begründen damit gleichzeitig öffentliches Interesse 564.

7. Die Haftung für täuschende Werbung 565.

a. Die Haftung der Werbeagentur

Bis vor etwa zwanzig Jahren noch wurden nur diewerbenden Unternehmen für ihre Werbung zur Ver-

-
562. Regina Corp. v. FTC, VII S. & C. 775, 778, 3rd Circ. 1963
563. Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 19.2 (c), p. 681 (3rd ed. 1967)
564. Moretrench Corp. v. FTC 127 F 2nd 792, 795, 2nd Circ. 1942;
Zenith Radio Corp. v. FTC 143 F 2nd 29, 7th Circ. 1944
565. siehe George J. McLaughlin, Jr., R. Quincy White, Jr., Advertising Agencies, Their Legal Liability under the FTCA, 17 Kans. L. Rev. 587-598 (1969)

antwortung gezogen 566. Seit 1960 wird jedoch in jedem Fall von Bedeutung eine Klagenverbindung gegen das Unternehmen und die von diesem beauftragte Werbeagentur vorgenommen. Heute sind Unterlassungsverfügungen auch gegen Werbeagenturen an der Tagesordnung 567.

Die Kriterien, aufgrund derer eine Haftung der Werbeagentur für täuschende Werbung angenommen wird, haben sich im Lauf der Zeit geändert. Zurückhaltung gegenüber einer Einbeziehung von Werbeagenturen in Unterlassungsverfügungen drückt noch die Entscheidung Bristol-Myers Co. 568. aus. In ihr stützte sich die FTC auf das Geschäftsprinzip: trotz eines Nachweises aktiver Beteiligung der Werbeagentur bei der Abfassung des Werbetextes verlagerte die FTC die letztliche Verantwortlichkeit auf das Unternehmen als Inhaber der Direktions- und Kontrollgewalt.

Verantwortlichkeit nach dem Ausmaß der aktiven Beteiligung als Haftungsgrund klang bereits in der Entscheidung Tea Bureau Corp. 569. an, wenn

-
566. Francis J. Charlton, William A. Fawcett, siehe Anm. 229., pp. 619-623; Notes, Developments in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1070
567. § 19.681 ITT Continental Baking Co., Inc., File No. 712 3447, 7/2/71; § 19.734 J.B. Williams Co., File No. 712 3369, 7/28/71
568. 46 FTC 162, 176, 1949, Bristol-Myers Co. v. FTC, V S. & C. 204, 4th Circ. 1950; die Unterlassungsverfügung wurde von der Werbeagentur nicht angegriffen.
569. 46 FTC 1164, 1165, 1950, "and has participated in the preparation and dissemination of the advertising matter to which reference is made therein" (abgewiesen aus anderen Gründen)

auch dort die Voraussetzungen solcher Teilnahme mehr formell abgegrenzt wurden. Die Entwicklung in Richtung einer mehr materiellen Inhaltsbestimmung leitete der erste Carter-Products-Co.-Fall 570. ein mit der Argumentation, daß, wer Werbung zu seinem Geschäftszweck macht, auch haftbar ist. Diese wurde fortgesetzt im zweiten Carter-Products-Co.-Fall 571.

Die Entscheidung Bureau Corp. 572. sowie die ersten beiden Fälle Carter Products Co. 573. boten keine Schwierigkeiten bezüglich der Feststellung des notwendigen Ausmaßes der Beteiligung, da die beklagten Werbeagenturen die Werbung sowohl vorbereitet als auch verbreitet hatten. Einer differenzierteren Abwägung der materiellen Beteiligungsfrage bedurfte es im dritten Carter-Products-Co.-Fall 574. Die Agentur hatte sich bezüglich der Art und Weise der Werbung mit dem auftraggebenden Unter-

-
570. 46 FTC 64, 69, 1949, "engaged in formulating editing, testing and setting advertising material and advising its clients on advertising matters", aff' Carter Products Co. v. FTC, V S. & C. 244, 246, 7th Circ. 1951
571. 47 FTC 1137, 1163, 1951; letztlich erfolgte jedoch eine Abweisung aus Gründen des fehlenden öffentlichen Interesses, da die Geschäftsverbindung zum Auftraggeber gelöst wurde.
572. siehe Anm. 569.
573. siehe Anm. 570. und 571.
574. 60 FTC 782, 790, 1962, aff' Carter Products Co. v. FTC, VII S. & C. 794, 5th Circ. 1963

nehmen abgesprochen, den Text vorbereitet, jedoch die Herstellung des Werbefilms, der den beanstandeten Trick enthielt, an eine Filmgesellschaft weitervergeben. Der Film wurde von der Werbeagentur Fernsehgesellschaften zur Ausstrahlung zur Verfügung gestellt. Die Bestimmung der Haftung kann in solchen Fällen nur aufgrund einer genauen Sachverhaltsanalyse erfolgen:

" ... it appears to us, that the proper criterion for deciding that question should be the extent to which the advertising agency actually participated in the deception. This is substantially a problem of fact for the Commission "

575.

Demzufolge wird die Haftung noch nicht durch Vergabe der Gestaltung und Durchführung im einzelnen an Subauftragnehmer beseitigt. Die Kreation täuschender Werbeideen allein spricht bereits für eine aktive Beteiligung an der Täuschungshandlung.

Der 1st Circuit versuchte, in der Entscheidung Colgate Palmolive Co. v. FTC 576. die überholte

575. siehe Anm. 574., p. 807

576. VII S. & C. 574, 582, 1st Circ. 1962, "we think, there may well be a distinction between a principal and an agent in the permissible scope of an order. In some degree a principal may well be held to advertise at his peril. But we have reservations as to how far it is appropriate to go in the case of an agent, in the absence, at least, of any suspicion on its part, that the advertisement is false"; die materielle Abgrenzung nach dem Ausmaß der aktiven Beteiligung bleibt unangefochten, p. 579

Unterscheidung zwischen Weisungsempfänger und Geschäftsherrn wieder zu beleben, wenn auch lediglich im Hinblick auf Unterschiede bezüglich des zulässigen Umfangs von gegen Geschäftsherrn und Agentur gerichteter Unterlassungsverfügungen. Ohne weitere Berücksichtigung des angeschnittenen Problems stellte das Gericht auf abermalige Berufung hin den Grundsatz der prima facie-Haftung der Werbeagenturen auf:

" we see no reason, why advertising agencies, which are now big business, should be able to shirk from at least prima facie responsibility for conduct in which they participate " 577.

Der Supreme Court entschied ausschließlich hinsichtlich der Frage des angesprochenen zulässigen Umfangs der Unterlassungsverfügungen, wobei er den behördlichen Beurteilungsspielraum hervorhob 578.

Diese Art von Gefährdungshaftung für eine Werbung, deren Richtigkeit die Werbeagentur oft nicht voll beurteilen kann, wurde in der Entscheidung Merck & Co. v. FTC durch das Erfordernis der Kenntnis der Unrichtigkeit der Werbung bzw. der fahrlässigen Unkenntnis derselben einzugrenzen versucht:

" ... in order to be held a participant in such deception, the agency must know or

577. Colgate Palmolive Co. v. FTC, VII S. & C. 824, 832, 1st Circ. 1932

578. FTC v. Colgate Palmolive Co., VII S. & C. 1152, 1169, S.Ct. 1965

have reason to know of the falsity of the advertising " 579.

Kann sich die Werbeagentur die erforderlichen Kenntnisse leicht durch Information beim Unternehmen oder Eigenbeurteilung der Aufschrift auf der Packung oder dergleichen verschaffen, so haftet sie 580.

b. Die Haftung des Einzelunternehmers, der Personal- oder Kapitalgesellschaft

Ein Einzelunternehmer oder eine beklagte Gesellschaft haftet immer für den von ihr verbreiteten Werbetext, es gilt reines Verursachungsprinzip.

Eine Entbindung von der Verantwortlichkeit ist auch dann nicht möglich, wenn die Werbung an Händler weitergegeben wird, die ihrerseits nicht getäuscht werden, weil beim Verkauf an den Letztverbraucher dieser getäuscht wird 581. Ausgedehnt wurde diese Spruchpraxis im Fall Herzfeld v. FTC 582. dahingehend, daß die bloße Ermöglichung eines täuschenden Gebrauchs durch Händler genügt. Trägt der Unternehmer zu den Kosten der Werbung durch

579. 1968 Supplem. S. & C. 725, 735, 6th Circ. 1968

580. § 20.071 American Home Products Corp., File No. 702, 3466, 8/8/72

581. Winsted Hosiery Co. v. FTC, 258 US 483, 494, 1922; begründet noch mit strafrechtlichen Aspekten: Weitergabe von Mitteln zur Begehung einer ungesetzlichen Handlung.

582. 140 F 2nd 207, 2nd Circ. 1944; Anweisung von Kunden befreien nicht, C. Howard Hunt Pen Co. v. FTC, V S. & C. 405, 417, 3rd Circ. 1952

durch Händler bei, ohne selbst zu werben, haftet er ebenso 583. Es haftet auch ein Importeur für die täuschende Auszeichnung von Waren, selbst wenn er diese nicht selbst vorgenommen hat 584.

Unproblematisch ist die Frage der Haftung für die Erstellung eines Werbetextes, wenn die Werbung für das Unternehmen von einer beauftragten Werbeagentur erstellt wird; neben dieser haftet das Unternehmen immer 585.

Ein Unternehmen kann sich auch dadurch nicht entlasten, daß es zur Erstellung der Werbung einen selbständigen Unternehmer einschaltet, über den keine Direktionsbefugnisse ausgeübt werden können, auch wenn es keine Kenntnis von den Unge-setzlichkeiten hat 586.

c. Haftung von Anteilseignern und Angestellten:
Verschuldenprinzip

Neben der Gesellschaft haften Mehrheitsgesellschafter, die Einfluß auf die Geschäftsführung haben 587., wenn die Gefahr der Umgehung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Unterlassungs-

-
583. Regina Corp. v. FTC, VII S. & C. 775, 778, 3rd Circ. 1963
584. § 16.489 Riviera Trading Corp., 8465, 7/9/63
585. Merck & Co. v. FTC, 1968 Supplem. S. & C. 725, 735-736, 6th Circ. 1968
586. Libbey-Owens Glass Ford Co. v. FTC, VII S. & C. 1409, 1412, 6th Circ. 1965
587. § 17.880 Coran Bros. Corp., Dkt 8697, 2/27/67

verfügung besteht 588. Aber auch Minderheitsgesellschaftler, die als Inhaber einer Familiengesellschaft für deren Geschäftsführung verantwortlich sind, müssen als "alter ego" der Gesellschaft erfaßt werden, wenn sie von den ungesetzlichen Handlungen wußten und diese billigten 589.

Der Nachweis der Beteiligung an einer Familiengesellschaft sowie die Ausübung von Direktionsbefugnissen allein rechtfertigen eine Klageerhebung gegen die einzelnen Gesellschafter noch nicht; deren persönliche Verwicklung in die Ungesetzlichkeit muß konkret nachgewiesen werden 590. Haftungsvoraussetzung ist jedoch nicht, daß Verstöße in eigener Person begangen werden oder andere dazu angeleitet werden 591.

Angestellte und Organe einer juristischen Person ohne Anteilseignerschaft sind grundsätzlich nicht persönlich haftbar, es sei denn, sie üben Geschäftsführungsbefugnisse aus.

8. Verteidigungsvorbringen der beklagten Unternehmen (defenses)

a. Verteidigungsvorbringen mit wettbewerbsbezogenem Charakter

588. Coran Bros. Corp., siehe Anm. 587.

589. Flothill Products Corp. v. FTC, 1966 Supplém. S. & C. 80-81, 9th Circ. 1966; Fred Meyer Inc. v. FTC, 1966 Supplém. S. & C. 82, 104, 9th Circ. 1966

590. Steelco Stainless Steel Co. v. FTC, V S. & C. 265, 270, 7th Circ. 1951; Coro Inc. v. FTC, VII S. & C. 1022, 1029, 1st Circ. 1964

591. Sebrone Co. v. FTC, 135 F 2nd 676, 678, 7th Circ. 1943; § 17.282 Lovable Co., Dkt. 8620, 7/8/65

aa. Die Branchenüblichkeit (" usage ")

Die Branchenüblichkeit oder weite Verbreitung einer ungesetzlichen Handlung wird in ständiger Rechtsprechung als Einwendung im materiellen Sinn nicht anerkannt. Dieser Grundsatz wurde ebenfalls bereits in der Entscheidung FTC v. Winsted Hosiery Co. 592. aufgestellt:

" the fact that misdescription and misrepresentation have become so common in the knit underwear trade that most dealers no longer accept labels at their face value does not prevent their use being an unfair method of competition. A method inherently unfair does not cease to be so because those competed against have become aware of the wrongful practice, nor does it cease to be unfair because the falsity of the manufacturer's representation has become so wellknown to the trade, that dealers, as distinguished from consumers, are no longer deceived " 593.

bb. Die diskriminierende Verfolgung eines Einzelunternehmens (" singling out ")

Die Verletzung des Gleichheitssatzes als prozessuale Einrede gegen die Verfolgung gerade des beklagten Unternehmens aus einer Vielzahl von Mitbewerbern, die alle die gleichen unlauteren Praktiken anwenden, und die damit verbundene Benachteiligung im Wettbewerbskampf ist

592. 258 US 483, 1922; Whitaker Cable Corp. v. FTC, VI S. & C. 107, 111, 1956; Exposition Press Inc. v. FTC, VII S. & C. 240, 245, 2nd Circ. 1961
593. siehe Anm. 592. no. 493-494, vgl. aber S. 231

kein Verfahrenshindernis 594.

Um eine Einstellung des Verfahrens wegen Berücksichtigung dieser Faktoren zu erreichen, müßte ein Unternehmen seinen sicheren Ruin aufgrund fortgesetzter einschlägiger Praktiken sämtlicher Mitbewerber nachweisen können, was bisher noch nicht gelungen ist 595.

Die Aussetzung eines bereits anhängigen Verfahrens ist nur dann verfügt worden, wenn eine konkrete, erhebliche Benachteiligung gegenüber anderen Mitbewerbern zu befürchten stand, so z.B. wenn mit diesen Verhandlungen bezüglich einer freiwilligen Abstandnahme von den ungesetzlichen Handlungen liefen 596. oder eine branchenweite Regelung kurz bevorstand 597. und das öffentliche

-
594. siehe bezüglich der gegebenen Nachteile: Tait, Equitable Treatment of Competitors, siehe Anm. I.94. Notes, Voluntary Compliance, an Adjunct to the Mandatory Process, siehe Anm. I. 90., insbesondere wenn die Praktiken in der ganzen Industrie verbreitet sind; Note, the Gasoline Price Wars, a case Study of the Shortcomings of the Mandatory Process, 38 Ind. L. Rev. 416, 439-441, (1963); a.A. Mary Gardiner Jones, Industry-Wide-Enforcement, 10 Antitrust Bulletin, 543, 549-550 (1965)
595. Clinton Watch Co. v. FTC, VII S. & C. 184, 186-187, 7th Circ. 1961; die Berücksichtigung nur wirtschaftlicher Schwierigkeiten wurde ausdrücklich abgelehnt in § 19.529, Arthur Murray Studio of Washington Inc., Dkt. 8776, 2/23/72
596. § 16.865 North American Philips Corp., Dkt. 8472, 4/9/64
597. § 16.676 Atlantic Products Corp., Dkt. 8513, 12/13/63

Interesse es erlaubte, gegen das beklagte Unternehmen keine Unterlassungsverfügung zu erlassen.

Wies erst das beklagte Unternehmen auf die Notwendigkeit branchenweiter Regelung hin, ist eine Aussetzung nicht veranlaßt worden 598.

Ganz generell sind zu erwartende branchenweite Regelungen kein Verfahrenshindernis 599., ebenso nicht in anderen Prozessen zu erwartende Richtlinien zur Beurteilung ungewisser Rechtsfragen 600.

Im Gegensatz zu den Schwierigkeiten bei der Aussetzung des Verfahrens besteht die Möglichkeit, vor Erlaß der konkreten Unterlassungsverfügung in weiterem Rahmen Gründe vorzubringen, weshalb deren Erlaß ausgesetzt werden sollte 601.

Doch steht auch hier die Aussetzung der Unterlassungsverfügung weithin im Ermessen der FTC, wobei die Gerichte nur gegen krassen Mißbrauch einschreiten 602. und in dieser Hinsicht den betroffenen Unternehmen nahezu unüberwindliche Be-

598. § 17.766 General Transmission Corp. of Washington, Dkt. 8713, 12/1/66

599. § 16.885 Permanente Cement Co. & Glacier Sand & Gravel Co., Dkt. 7939, 5/16/64

600. § 19.912 Ocean Spray Cranberries Inc., Dkt. 8840, 2/10/72

601. § 16.662 Revco D.S. Inc., Dkt. 8576, 11/15/63

602. Moog Industries v. FTC, 355 US 441, 414, 1958, kein Ermessensmißbrauch bei Verweigerung der Aussetzung, auch wenn spürbarer finanzieller Schaden und alle Mitbewerber gleiche Praktiken anwenden.

weisschranken errichten 603.

Ausgesetzt wird hier im allgemeinen, wenn streitige Verfahren gegen Mitbewerber anhängig sind, deren Ausgang noch ungewiß ist, die Beklagten jedoch bereits einer Anerkenntnisverfügung (" consent order ") zugestimmt haben 604.

Die Aussetzung wird dann verweigert werden, wenn mehrere ungesetzliche Handlungen vorliegen, die Täuschungsabsicht offensichtlich ist und die sofortige Abstellung der Verstöße im öffentlichen Interesse liegt 605. oder das beklagte Unternehmen mit einer Verfolgung rechnen mußte, weil in ähnlichen Fällen bereits eingeschritten worden war und es sich um eine ständige Spruchpraxis handelt 606.

b. Verteidigungsvorbringen prozessualer Art im Hinblick auf Verfahrenshindernisse

aa. Zeitablauf

Der Ablauf einer Zeitspanne von sechs bis zehn Jahren seit Klageerhebung führt ohne zusätzliche Erfordernisse zur Klageabweisung 607.

-
603. Regina Corp. v. FTC, VII S. & C. 775, 779, 2nd Circ. 1963; Universal Rundle Corp. v. FTC, 1967 Supplem. S. & C. 498, 503, S.Ct. 1967, Beweis erforderlich, daß beklagtes Unternehmen willkürlich herausgesucht wurde.
604. § 16.468 Abby Kent Co., Dkt. C - 328, 7/2/63
605. § 18.254 General Transmission Corp. of America, Dkt. 8713, 2/23/68
606. Heavenly Creations Inc. v. FTC, VII S. & C. 1035, 1037-1038, 2nd Circ. 1964, Gegensatz: weites policy-Statement
607. Oregon Washington Plywood Co. v. FTC, V.S. & C. 362, 367, 9th Circ. 1952

bb. Abstandnahme von der ungesetzlichen Handlung
(" abandonment ") 608.

Es muß feststehen, daß die Wiederaufnahme der be-
anstandeten Handlung unwahrscheinlich ist (Feh-
len von Wiederholungsgefahr).

Die Unwahrscheinlichkeit der Wiederaufnahme muß
an Hand der Umstände feststellbar sein. Dies ist
der Fall z.B. bei einem Wechsel in der Geschäfts-
führung 609. oder wenn eine eidesstattliche Ver-
sicherung abgegeben wird, die Handlung in Zukunft
zu unterlassen 610. oder das beklagte Unternehmen
ansonsten strikt die Verwaltungsanordnungen
(" guides ") oder Verwaltungsverordnungen
(" trade regulation rules ") befolgt 611.

Das Ermessen der FTC in diesem Bereich ist wiederum
nahezu ungetrübt 612. Hält das beklagte Unterneh-
men seine Handlungen trotz Abstandnahme für rechts-
mäßig 613. oder stellt es erst ein, nachdem - wenn
auch nur informell - Untersuchungen eingeleitet
wurden 614., wird eine Aussetzung verweigert werden.

c. Materialrechtliche Verteidigungsvorbringen

-
608. Conner, the Defence of Abandonment, 29 Geo, Wash.
L. Rev. 722 (1961)
609. § 17.144 Mason, Au & Magenheimer Confectionary Mfg.
Co., Dkt. 7733, 12/3/64
610. FTC v. Consolidated Royal Chemical Corp. v. FTC,
V S. & C. 320, 325, 7th Circ. 1951
611. North American Philips Corp., siehe Anm. 596.
612. Hillman Periodicals v. FTC, V S. & C. 103, 104, 2nd
Circ. 1949
613. Colcin Corp. v. FTC, V S. & C. 646, 651, D.C. Circ.1951
614. Nash Inc., 61 FTC 596, 604-605, 1962

aa. Einreden im Hinblick auf das Fehler einer Täuschungsgefahr

Die Branchenüblichkeit einer ungesetzlichen Handlung als Verteidigungsvorbringen ist grundsätzlich zugelassen, wenn weder Handel noch Verbraucher getäuscht werden. In der Entscheidung FTC v. Algoma Lumber Co. 615. wird dazu ausgeführt:

" if submission has gone so far that the occasion for misunderstanding, or for any so widespread as to be worthy of correction, is already at an end, competition may then be fair irrespective of its origin " 616.

Im Ergebnis handelt es sich jedoch um Verteidigungsmöglichkeiten, die sich wegen der strengen Beweisanforderungen in der Praxis nicht auswirken 617.

Kein Erfolg war auch einer kürzlich erhobenen Einwendung beschieden, daß, wenn wahrheitsgemäß geworden worden wäre, noch mehr Verbraucher den Artikel gekauft hätten. In der Entscheidung Firestone Tire & Rubber Co. 618. wurde dieser Einwand kurz erledigt:

" The legal determination as to whether an advertisement is deceptive is not based on its effectiveness relative to truthful ads in selling products. If this were the test, companies could deceptively advertise with impunity so long as they could show that a truth-

615. 291 US 67, 1934

616. siehe Anm. 615., no. 80

617. siehe allgemein den Ausführungen zum "secondary meaning", S. 148 - 149

618. siehe Anm. II. 95.

ful advertisement would sell even more products. Clearly the existence of a more appealing but truthful claim does nothing to cure the defects of a deceptive ad and has no relevance to a determination of whether a particular advertisement is deceptive " 619.

Auch das Verteidigungsvorbringen, daß eine Täuschung schon deshalb nicht vorliegen könne, weil der Verbraucher die verwandten Begriffe sowieso nicht verstehe, hat nicht durchgegriffen:

" The test is not whether the public explicitly understands everything that is represented to it, but whether or not what is intended to be believed is false in some material respect " 620.

bb. Verteidigungsvorbringen des fehlenden Schadens

Der Schaden spielt als Einrede, wie auch sonst in der gesamten Spruchpraxis der FTC 621., keine nennenswerte Rolle 622. Dieses heute mehr als fragliche Dogma ergibt sich bereits aus der Entscheidung FTC v. Algoma Lumber Co. 623.:

" ... but saving to the consumer, though it be made out, does not obliterate the prejudice. Fair competition is not attained by balancing a gain in money against a misrepresentation of the thing supplied " 624.

Auch daß trotz der Täuschung immer noch ein günstiger Kauf zum gegebenen Preis abgeschlossen wurde, stellt keine erfolgreiche Einrede dar 625.

619. siehe Anm. 618., p. 313

620. Riviera Trading Corp., 63 FTC 114, 123, 1963

621. siehe ausführlicher bei Schaden, S. 213 - 217

622. Bear Mill Mfg. Co. v. FTC, 98 F 2nd 67, 68, 2nd Cir. 1938

623. 291 US 67, 1934

624. siehe Anm. 623. no. 78

625. siehe Anm. 623. no. 78

8. Kapitel

Die einzelnen Arten täuschender Werbung

1. Täuschende Angaben über geschäftliche Verhältnisse

a. Täuschende Angaben im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb

aa. Täuschende Angaben über den Umfang des Geschäftsbetriebes

Schlagwortartige Angaben wie " largest ", " national ", " international " oder " worldwide " werden nicht als zulässige Übertreibung behandelt, sondern am Tatsachengehalt nachgeprüft. Wird geworben " the world's largest manufacturer of baby bedding " 626., " worldwide service " 627., " world's largest manufacturers of business cards exclusively " 628., so wird dies je nach Angabe an den Niederlassungen oder am Umsatz gemessen. Wird die Bezeichnung " international " gewählt, muß sich der Geschäftsverkehr tatsächlich auf internationaler Ebene abspielen 629. Die Werbung mit dem Begriff " national " bedeutet grundsätzlich, daß das Unternehmen in allen Einzelstaaten vertreten ist 630. " National " als

626. The Staffin Jones Co., 44 FTC 857, 862-863, 1944

627. American Mushroom Industries, Ltd., 25 FTC 1179, 1182, 1937

628. United States Business Cards Exclusively, 30 FTC 1340, 1342, 1940

629. International Ass'n of Photographers, 52 FTC 1450, 1457, 1956; Worldwide Brokerage Commission, 55 FTC 797, 799, 1959

630. Consumer Bureau of Standards, 32 FTC 1330, 1337, 1941; aff' sub nomine Lane v. FTC, 130 F 2nd 48, 50, 9th Circ. 1942

Teil eines Firmennamens wird deshalb nicht verbotten, weil hierin wegen der Üblichkeit der Verwendung eine Irreführung nicht gesehen wird 631.

In der Praxis hat die FTC Unterlassungsverfügungen in diesem Bereich nur erlassen, wenn die gemachten Angaben grob falsch waren, z.B. "America's largest juvenile chain store from coast to coast", wenn nur je ein Geschäft in Ohio und Kentucky betrieben wurde 632. oder "national", wenn die Geschäftstätigkeit ausschließlich auf drei oder vier Staaten beschränkt war 633.

Erfolgt die Täuschung durch übertriebene bildliche Darstellungen, z.B. Abbildung eines großen dreistöckigen Geschäftshauses, wenn darin nur zwei Büroräume gemietet sind 634., wird untersagt; ebenso wenn Fotomontagen gezeigt werden, die das Betriebsgebäude um das Doppelte vergrößern 635. oder eine Abbildung von Zweigbetrieben an anderen Orten zusammen mit dem Hauptbetrieb erfolgt 636.

Die Werbung mit nicht bestehenden Betriebsstätten 637. oder mit solchen, die nur aufgrund vertrag-

-
631. § 17.108 National Research Corp., Dkt. 8601, 10/30/64
632. § 16.522 Juvenile Furniture Mfg. Co., Dkt. C - 532, 7/26/63
633. Northwest Film Ad Service Inc., 36 FTC 207, 209, 1942; U.St. Credit Rating Bureau Inc., 60 FTC 250, 252, 1962
634. Hiram Carter Inc., 34 FTC 514, 525, 1942
635. Josten Mfg. Co., 36 FTC 307, 312, 1942
636. Memorial Granite Co., Inc., 35 FTC 552, 557, 1942
637. Lifetime Cutlery Corp., 57 FTC 1265, 1271, 1960; "New York, New Jersey, Ohio, Sheffield, England"

licher Basis mitbenutzt werden dürfen, ist unzulässig 638.

Die täuschende Werbung mit Zweigstellen, wenn diese nicht tatsächlich 639. oder nicht im angegebenen Umfang 640. bestehen oder nur die Adressen von Werbeagenturen sind 641., unterfällt einem Verbot.

Dies gilt auch für die Vorspiegelung nicht bestehender Abteilungen eines Unternehmens, z.B. einer ausschließlich mit Patentschutz befaßten Abteilung, auch wenn die angebotenen Leistungen aufgrund Vertrages mit einem anderen Unternehmen von diesem erbracht werden 642.

Nicht zum Betriebsvermögen gehörige besondere Einrichtungen wie Gerbanlagen oder Schulungsräume dürfen nicht als betriebseigene Einrichtungen aufgeführt werden, wenn auch keine Leistungsbefugnis besteht 643. Beziehungen nur vertraglicher Natur zu anderen Unternehmen, deren Einrichtungen

-
638. Dixie Smoke Products Co., 44 FTC 866, 876, 1948
639. Invisible Lens Service, 53 FTC 298, 300, 1956
640. United Photography Service, 50 FTC 1103, 1106, 1956
641. US Navy Weekly Inc., 48 FTC 1347, 1349-1350, 1951, entscheidend ist, daß ein eigenes Büro unterhalten wird und nicht nur fremde Einrichtungen und Personal beansprucht werden.
642. Gadget-of-the Month-Club, 63 FTC 1138, 1148-1149, 1963, Werbematerial mit dem Hinweis "Dep. 48" deutet auf eine große Zahl von Abteilungen hin, Blackstone-Marshall Publishing Co., 32 FTC 1741, s.d. 1941. Sogar die Vortäuschung verschiedener getrennter Geschäftsbereiche innerhalb eines Unternehmens ist unzulässig, wenn sämtliche Tätigkeiten ohne Trennung nach Aufgabenbereichen von wenigen Personen wahrgenommen werden, US Ass'n of Credit Bureaus Inc., 58 FTC 1044, 1046, 1962
643. Milfur Corp., 60 FTC 1647, 1649, 1962. Bloße Kontroll- und Überwachungsbefugnisse genügen nicht, House of Royal Sun, 32 FTC 20, 27, 1940

mitbenutzt werden, ersetzen die erforderliche verantwortliche Geschäftsleitung nicht 644.

- bb. Täuschende Angaben über die Rechtsform des Geschäftsbetriebs

In der Regel wird eine falsche Bezeichnung der Rechtsform eines Unternehmens nur dann untersagt werden, wenn der Verbraucher mit ihr im Gegensatz zu anderen möglichen Rechtsformen eine tragfähigere finanzielle Grundlage und Organisation nach speziellen gesetzlichen Vorschriften verbindet 645.

Ein Einzelhandelsgeschäft darf nicht als Handelsgesellschaft auftreten 646., ebenso nicht als juristische Person 647.

Firmenzusätze, die eine juristische Person kennzeichnen, sind Personalgesellschaften verwehrt 648.

- cc. Täuschende Angaben über die Handelsstufe

- aaa. Täuschende Bezeichnung als Hersteller (" manufacturer ") bzw. Unternehmer (" mill owner ") 649.

-
644. Nat'l School of Construction, 60 FTC 107, 111, 1962
645. siehe dazu Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 20.1.a., p. 370 (2nd ed. 1950): "company" darf für OHG oder sonstige Personalgesellschaft ("partnership") verwandt werden.
646. Business Opportunities Co., 53 FTC 119, 120, 1956
647. Kodize Process Corp., 40 FTC 441, 446, 1945
648. siehe Anm. 645.
649. Gleiche Grundsätze gelten für die Verwendung des Begriffs "factory": Griffon Cutlery Corp., 47 FTC 1039, 1045, 1951; Velox Service Inc., 54 FTC 305, 308, 1957

Bezeichnet sich der Verkäufer einer Ware als deren Hersteller oder als Unternehmer, deutet diese Angabe, neben dem Angebot von Vorteilen einer erhöhten Neuartigkeit der Ware oder einer direkten Garantie durch den Hersteller 650., insbes. auf die Möglichkeit eines Kaufs unter Ausschaltung der üblichen Handelsstufen und damit auf eine besondere Preisersparnis hin 651. Auffällig bei dieser maßgeblichen Orientierung des Verbrauchsgrundes an den Verbrauchervorstellungen betr. die Preisersparnis ist deren Unerheblichkeit bei der Bestimmung des Begriffsinhalts der Unterneh-

-
650. Calvert Mfg. Co., 60 FTC 911, 912, 1962;
§ 17.306 Dana Importing Co., Dkt C - 924, 8/10/65;
§ 18.490 Jersey Mill Associates, Gkt. C - 1435, 10/8/68
651. Herzfeld v. FTC, 140 F 2nd 207, 209, 2nd Circ. 1944;
Bear Mill Mfg. Co., Inc. v. FTC, 98 F 2nd 67, 68,
2nd Circ. 1938.

Die Tatsachenfeststellung der Bevorzugung des Kaufs vom Hersteller direkt bedarf als widerlegbare Vermutung keines behördlichen Beweises mehr ("official notice"), Lifetime Cutlery Corp., 57 FTC 1265, 1271, 1960; siehe hierzu allgemein S. 179

Die Täuschung über die Hersteller- bzw. Unternehmereigenschaft des Verkäufers entfällt nicht deshalb, weil der Käufer aufgrund der Umstände des Einzelfalls erkennen mußte, daß die Angabe nicht zutreffen konnte, Virginia Dare Stores Corp., 64 FTC 1220, 1221, 1964 (Einzelhandelskette vertrieb branchenverschiedene Fabrikate verschiedener Hersteller in großer Zahl). Der fehlende Eintritt eines konkreten Schadens steht einem Verbot, wie auch sonst, nicht entgegen, Bear Mill Mfg. Co., siehe Anm. 651. p. 68

mereigenschaft 652.

Völlig unabhängig von der Preisbildung entscheidet über deren Vorliegen die traditionelle Funktion der eigenverantwortlichen Fertigung von Waren unter grundsätzlicher Abgrenzung gegenüber dem Bereich der Tätigkeiten der Warendistribution 653.

Die Qualifikation als Hersteller bzw. Unternehmer ist zunächst dann gerechtfertigt, wenn Eigentum am Betriebsvermögen besteht sowie selbständige Ausübung des Gewerbebetriebs, verbunden mit Durchführung des Fabrikationsvorgangs im angegebenen Warenzweig, festgestellt werden kann 654.

-
652. Ausdrückliche Behauptungen über eine Preisersparnis, die auf die Möglichkeit eines Direktkaufs vom Hersteller hinweisen, werden gleichzeitig als Behauptung der Hersteller -bzw. Unternehmereigenschaft ausgelegt: People Hardware Stores, 33 FTC 964, 968, 1941: "factory - to - you - plan brings savings from 20 - 30 %"; Columbia Pencil Co., 33 FTC 617, 621, 1941: "direct from factory to you at a saving of 33 1/3 %"; James Kelley, 13 FTC 284, 287.- 288, 1930: "save the middlemen's profit".
- Ob die Preiswerbung "factory prices" oder "direct from factory" bereits einen Hinweis auf die Herstellereigenschaft enthält, wurde in der Entscheidung Brown Fence & Wire Co. v. FTC, 64 F 2nd 934, 936, 9th Circ. 1933, offengelassen. Zulässig ist sie nur dann, wenn entweder eigene Herstellung vorliegt oder von anderen Herstellern unter deren Selbstkosten bezogen wird, 16 FTC 378, 382-384, 1932
653. Knickerbocker Case Corp., 58 FTC 805, 807, 1961; Reo Products Mfg. Corp., 58 FTC 738, 750, 1961; § 17.408 Midwest Hosiery Mills, Dkt. 8676, 12/29/65
654. Primfit Textile Co., 31 FTC 1423, 1427, 1940; Juvenile Furniture Mfg. Co., 63 FTC 325, 326, 1963; Seaberg Mills Inc., 64 FTC 1368, 1369, 1964: manufacturer ... "is one, who owns, operates ... a plant, factory or mill"

Eigentumsrechte, aufgrund deren kein entscheidender Einfluß auf die Abwicklung des Geschäftsgangs und die Fabrikation genommen werden kann, wie z.B. Minderheitenanteile an einer Gesellschaft, geben keine Befugnis zur Führung der Bezeichnung " Hersteller " neben der herstellenden Gesellschaft selbst 655.

Die Problematik, ob bei fehlendem Eigentum am Betriebsvermögen allein Leitung und Kontrolle des Geschäftsgangs und der Fabrikation ausreichend sind, um die Hersteller- bzw. Unternehmereigenschaft zu begründen, ist im Lauf der Spruchpraxis der FTC mit verschiedenen Ergebnissen gelöst worden.

Frühere Entscheidungen ließen unter bestimmten Voraussetzungen Leitungs- und Kontrollbefugnisse über in fremdem Eigentum stehendes Betriebsvermögen genügen 656.

Diese Entscheidungslinie wurde mit dem dictum in Herzfeld v. FTC 657. verlassen und die Bedeutung der Eigentümerstellung, wenn auch nicht explizit, so doch vom praktischen Ergebnis her, als Voraussetzung der Herstellereigenschaft, hervorgehoben: Teilausschnitte des Eigentums am Betriebsvermögen,

655. FTC v. Pure Silk Hosiery Mills Inc., 3 F 2nd 105, 106, 7th Circ. 1924, 1/6 Beteiligung an einer Gesellschaft

656. Marlin Firearms Co., 29 FTC 1300, 1301, 1303, 1939; Reliance Pencil Corp., 16 FTC 128, 131, 1932: "one, who owns, operates or controls the manufacturing plant"

657. 140 F 2nd 207, 2nd Circ. 1944

die sich von der Gesamtwirkung dem Volleigentum nähern, wie z.B. Besitz der Mehrheitsanteile oder auch aller Anteile, Hypotheken an Betriebsgrundstücken als Sicherung für gewährte Kredite zusammen mit Verträgen schuldrechtlicher Art, die die Nutzung des Betriebsvermögens gewährleisten, neben materiellen Leitungs- und Kontrollbefugnissen füllen den Unternehmerbegriff nicht aus 658.

Die Rolle der Eigentümerstellung wurde in der Entscheidung Standard Mills Inc. 659., abschließend geklärt. An Stelle des Volleigentums am Betriebsvermögen kann ein Surrogat einer vermögensrechtlichen Beziehung schwächerer Art. wie z.B. eine

658. siehe Anm. 657 p. 208; das Gericht hätte ohne Bindung an den Grundsatz der Beachtung des behördlichen Verwaltungsermessens den Beklagten die Führung der Bezeichnung "Hersteller" gestattet, da die Tätigkeit sich den unternehmerischen Funktionen fast ununterscheidbar angenähert hatte. Eine ähnlich restriktive Auslegung brachte die Entscheidung Progress Tailoring Co. v. FTC, 153 F 2nd 103, 105-106, 7th Circ. 1944: 'eine Gesellschaft, die sämtliche Anteile einer Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit hält und Leitungs- und Kontrollbefugnisse innehat, ist nicht Hersteller der von letzterer gefertigten Waren.

659. 63 FTC 994, 1963;
§ 16.907 Diana Stores Corp., Dkt. C - 744, 5/13/64

Pacht, treten 660. 661.

Als Korrelat einer nur vertraglich eingeräumten Nutzung des Betriebsvermögens sind Leistungs- und Kontrollbefugnisse in Form einer direkten und ausschließlichen Ausübung erforderlich 662.

Was den notwendigen Umfang dieser Befugnisse anbelangt, geht eine einheitliche Beurteilung dahin, daß nur vertragliche Beziehungen zu einem Unternehmen und dessen Geschäftsleitung kein zulässiger Ersatz der Geschäftsleitung selbst sind.

Nur indirekte Einflußnahme auf den Geschäftsgang und die Warenherstellung durch Kreditgewährung 663., Aufkauf der gesamten Produktion 664., Stellung der zu verarbeitenden Rohstoffe 665. oder von Maschinen 666. machen eine eigenverantwortliche Warenherstellung noch nicht aus. Bei Mengen -, Muster - und Qualitätsbestimmung nähert sich die an sich indirekte Einflußnahme vom materiellen

660. siehe Anm. 659. p. 995

661. Im Anschluß ergangene Entscheidungen bringen ohne Aufrollung der Frage der Eigentümerstellung die in früheren Entscheidungen benutzte Definition (s. Anm. 656.), die Beklagten erfüllten hier keine der Komponenten des Unternehmerbegriffs.

Seaberg Mills, Inc., 64 FTC 1368, 1369, 1964;

Juvenile Furniture Mfg. Co., siehe Anm. 654.;

§ 17.306 Dana Importing Co., siehe Anm. 650.;

§ Marcus Brothers Textile Corp., Skt. C - 1477, 1/8/69

662. Standard Mills Inc., siehe Anm. 659., p. 995;

Diana Stores Corp., siehe Anm. 659

663. Rudin & Roth, 53 FTC 207, 211, 1956

664. Standard Mills Inc., siehe Anm. 659.

665. Universal Handkerchief Mfg. Co., 26 FTC 1193, 1198, 1938

666. Knit Form Inc., 13 FTC 302, 304, 1930

Gehalt her bei Vorliegen der obigen Voraussetzungen bereits einer kaufmännischen und betriebstechnischen Leitung 667. Selbst wenn die Geschäftsleitung einem Auftragnehmer nur noch formell verbleibt, hindert dies den Auftraggeber an der Verwendung der Herstellerbezeichnung 668.

Anzeichen der Leitung eines Geschäftsbetriebs sind Begleichung der Löhne, Gemeinkosten, sonstigen Steuern und Abgaben, Festlegung bestimmter Kaufpreise für ausgeführte Leistungen 669.

Bei teilweiser Herstellung eines Produkts durch einen Unternehmer darf mit einem Hinweis auf die Herstellereigenschaft im Hinblick auf das Endprodukt nur geworben werden, wenn dieses in seinen wesentlichen Teilen im eigenen Betrieb gefertigt wurde und nur noch Veredelungsarbeiten 670. oder Zusam-

667. Bear Mill Mfg. Co. v. FTC, siehe Anm. 651 p.

668. Herzfeld v. FTC, siehe Anm. 657. p. 208.

Ist in Fällen dieser oder ähnlicher Gestaltung die Herstellerbezeichnung in einem Firmennamen oder in in einem Warenzeichen enthalten, hat die FTC kein Totalverbot ausgesprochen, sondern lediglich eine Qualifizierung angeordnet, Bear Mill Mfg. Co. v. FTC, Anm. 651. p. 69; Standard Mills Inc., siehe Anm. 659. p. 996; Seaberg Mills Inc., Anm. 661. p. 1373

669. Colonial Ribbon Mills, 26 FTC 394, 398, 1938

670. Union Pencil Co., Inc., 59 FTC 1092, 1094, 1961: Name und Adresse des Kunden auf Kugelschreiber eingraviert.

mensetzung durch andere erforderlich sind 671.
672.

Auch industrieübliche traditionelle Standardisierungen des Fertigungsprozesses können die Verwendung der Herstellerbezeichnung einschränken 673.

bbb. Täuschende Bezeichnung als Großhändler
(" wholesaler ")

Die Angabe " Großhändler " löst beim Verbraucher ebenfalls eine Vorstellung über eine Preisersparnis aus, die sich hier auf die Ausschaltung der Gewinnspanne insbesondere des Einzelhandels bezieht 674.

Ähnlich wie bei der Bestimmung der Hersteller- bzw. Unternehmereigenschaft richtet sich die Zulässigkeit dieser Werbebehauptung nicht danach, ob tatsächlich eine Preisersparnis realisiert werden kann, sondern nach der Übereinstimmung des Tätigkeitsbildes mit den traditionellen

671. Reo Products Mfg. Co., 58 FTC 748, 750, 1961

672. auch wenn es sich vom Warenwert her gesehen, um wesentliche Verarbeitungsstufen handelt, Reliance Pencil Corp., 16 FTC 128, 131, 1932: Lieferung von Blei in Rohholz zur Fertigung von Bleistiften. Bei Waren mit ausländischen Herkunftsbezeichnungen, die dieser Herkunft wegen eine besondere Wertschätzung genießen, ist ein Hinweis des Herstellers auf selbst unbedeutende Produktionsstufen im Inland gefordert worden, siehe hierzu S. 326

673. Royal Milling Co. v. FTC, 288 US 212, 214, 1933: Mehl wurde nicht gemahlen, sondern gebrauchsfertig gemischt.

674. Progress Tailoring Co., 37 FTC 277, 290, 1943

Funktionen des Großhandels im Distributionssystem. Ausdruck fand dieser Grundsatz bereits in der Entscheidung L. & C. Mayers Co. 675.: Großhändler ist, wer an den nachgeordneten Einzelhandel, nicht aber an den Letztverbraucher, verkauft 676.

Trotz der Verknüpfung mit der Stellung auf der Distributionsleiter hat die erwartete Preisersparnis insofern Bedeutung, als die Bezeichnung "Großhändler" die Berechnung von Großhandelspreisen indiziert 677., nicht aber umgekehrt.

Werden höhere als Einzelhandelspreise verlangt 678. oder sind in den Preisen Kosten enthalten, wie sie typischerweise dem Einzelhandel entstehen 679., wird die Werbung verboten 680.

Ist der Verkäufer zugleich Groß- und Einzelhändler,

675. 21 FTC 434, 1935

676. siehe Anm. 675. p. 435: "one, who sells to the trade for resale and seldom, if ever, to the purchasing public with the exception that sales to industrial concerns, public utilities, banks, and other similar organisations, which purchase in quantity lots not for resale, are considered as wholesale transactions ...

It is the character of the sales to the trade, that makes ... a wholesaler",

siehe auch L. & C. Mayers Co. v. FTC, 97 F 2nd 365, 2nd Circ. 1938

677. siehe Anm. 1071

678. Progress Tailoring Co., siehe Anm. 674., p. 290

679. siehe Anm. 678.

680. Bez. der täuschenden Werbung mit Großhandelspreisen
siehe S. 339 - 341

weil wesentliche Teile des Gesamtumsatzes mit Einzelhändlern und Letztverbrauchern getätigt werden, darf beim Verkauf an letztere die Großhändlereigenschaft nicht herausgestellt werden 681.

dd. Täuschende Angaben über den gewerblichen Zweck eines Unternehmens (" non-profit ")

Wird für einen Geschäftsbetrieb eine Bezeichnung gewählt, die eine Assoziation zu kulturellen, wissenschaftlichen, sozialen oder sonstigen mildtätigen Zwecken dienenden Organisationen schafft, ist grundsätzlich in Anwendung der ständigen Spruchpraxis der FTC unter der Voraussetzung mit einem Verbot zu rechnen, daß der Geschäftszweck des Unternehmens auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist und der angesprochene Konnex zu den nichtgewerblichen Zwecken fehlt 682. Enthält eine Firmenbezeichnung z.B. die Angabe " Association " 683. und handelt es sich nicht um einen Berufsverband

681. L. & C. Mayers, siehe Anm. 675., pp. 440-441, 443

682. Government Employees Merchandise Mart Inc., 56 FTC 47, 49-51, 1960: "Mission Supply"; American Registry of Doctor's Nurses, 56 FTC 941, 943, 1960.

In verschiedenen Entscheidungen ist als Verbotsgrund die Ausnutzung emotionaler Aspekte angesprochen, so in Dennison Bros., 22 FTC 786, 788, 1936; Nat'l Progress League, 40 FTC 617, 627-628, 1945

683. US Retail Credit Ass'n v. FTC, VII S. & C. 370-371, 7th Circ. 1962, Hygienic Corp. of America, 36 FTC 504, 516-517, 1953

oder eine Genossenschaft zur Förderung der Interessen der Mitglieder, muß sie geändert werden. Ein weites Tätigkeitsfeld eröffnete sich der FTC durch den weit verbreiteten Mißbrauch von ausschließlich Lehr- oder Studienzwecken dienenden Einrichtungen vorbehaltenen Bezeichnungen durch Privatunternehmen aller Art 684.

Könnten jedoch auch einem auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmen Tätigkeiten zugerechnet werden, denen eine gewisse Beziehung zu nicht gewerblichen Zwecken anhaftet, sind

-
684. "foundation", Atlantic Research Foundation Inc., 46 FTC 558, 565-566, 1950: der wissenschaftlichen Forschung dienende Organisation, die aus einem Fonds oder einer Stiftung finanziert wird.
"academy", Colonial Academy Inc., 57 FTC 1241, 1242-1243, 1960: nicht gewerbliche Ausbildungsstätte.
"college", "university", Aurea Publications, 59 FTC 53, 55, 1961, Northwest Air College Inc., 55 FTC 463, 466, 1958; die Ausführung des für erforderlich gehaltenen Umfangs der einzelnen Einrichtungen würde zu weit führen.
"institute", der Begriff hat keine abschließende Klärung gefunden.

Gegen die Verwendung durch gewerbliche Unternehmen sprechen sich die Entscheidungen Natural Technical Institute of Hydraulic Jack Repair, 63 FTC 127, 129, 1963; Majestic Utilities Corp., 63 FTC 725, 727, 1963, aus. Ohne Berücksichtigung des unzulässigen Moments der Gewinnerzielung: Cramwell Institute, 55 FTC 242, 247, 1958, Natural Foods Institute, 50 FTC 434, 448, 1953. Eine vermittelnde Lösung findet sich in der Entscheidung Chicago School of Nursing, 54 FTC 1754, 1769-1770, 1959: bei einem Minimum an Forschungstätigkeit kann auch ein gewerbliches Unternehmen die Angabe aufnehmen.

auch Klageabweisungen zu verzeichnen 685.

Ist tatsächlich eine Organisation zu nicht gewerblichen Zwecken gegründet worden, stellen sich jedoch die Rechte und Vorteile, die aus der Mitgliedschaft abgeleitet werden, gegenüber einem ebenfalls betriebenen Warenverkauf nur als bedeutungslose Nebenerscheinung dar, findet diese Umgehung der Verbotsvorschrift keine Berücksichtigung 686.

Der nicht täuschende Hinweis auf gegebene Geschäftsbeziehungen eines Gewerbebetriebs zu nicht gewerblichen Organisationen ist erlaubt. Werden Erträge an letztere abgeführt, darf insbesondere der Umfang der zufließenden Zuwendungen nicht übertrieben werden 687. In Fällen dieser Gestaltung dürfen die Firmenbezeichnungen der gewerblichen Unternehmen keine Verwechslungsgefahr mit der Benennung der nicht gewerblichen Organisation hervorrufen 688. Die Durchführung dieses Grundsatzes

-
685. United Surveys Inc., 47 FTC 532, 537, 1950;
Educational Surveys Inc., 47 FTC 579, 585, 1950;
American Council on Public Affairs, 48 FTC 1579,
1581, 1952
686. National Secretaries Ass'n, 40 FTC 352, 358-359, 1945;
National Ass'n of Delta Chi, 26 FTC 635, 639, 1929
687. Dennison Bros., 22 FTC 786, 788, 1936, abgeführt wurden
10 % des Gewinns und mehr, behauptet wurde, daß "wesent-
liche" Beträge zugewendet würden.
Disabled Veterans of the World War Rehabilitation Dep't,
33 FTC 986, 994, 1941, Zuwendungen in Höhe von 10 % des
Bruttoumsatzes.
688. Disabled Veterans of the World War Rehabilitation Dep't,
siehe Anm. 687., Verwechslung mit "Disabled American
Veterans of the World War", p. 998

ist auch in der Entscheidung Parke, Austin & Libscomb Inc. 689. zu finden, die als Verbot der Führung einer Bezeichnung mit Hinweis auf einen nicht gewerblichen Zweck trotz gegebener Geschäftsbeziehung gewertet wurde 690.: der Titel für eine Bücherreihe " Smithsonian Institution Series ", die tatsächlich Publikationen der bekannten Forschungsrichtung anbot, wobei diese am Verkaufserlös beteiligt wurde, wurde aus dem Grund untersagt, weil der Verbraucher glauben konnte, von der Smithsonian Institution selbst zu kaufen 691.

Wird der Anschein hervorgerufen, daß der Geschäftsbetrieb aus Gründen der Mittelaufbringung zugunsten nicht gewerblicher Zwecke geführt wird, müssen zumindest wesentliche Teile des Gewinns abgeführt werden 692.

Beschäftigt ein Gewerbebetrieb einen geförderten Personenkreis, so muß diesem auch nicht der gesamte erzielte Betrag zugute kommen, wenn der Unternehmer mit dieser Tatsache werben will 693., es genügt, wenn der bestimmte Personenkreis beschäftigt ist 694.

ee. Alterswerbung

Die Spruchpraxis der FTC zur Alterswerbung ist we-

689. 34 FTC 591, 1942

690. Alexander, Honesty and Competition, p. 166

691. siehe Anm. 689. pp. 600-601

692. National Progress League, 40 FTC 617, 627-628, 1945

693. National Blind Industries, 50 FTC 372, 377, 1953

694. Blind Sales Co., 49 FTC 1584, 1953

nig ergiebig. Im großen und ganzen liegen nur Entscheidungen in problemlosen Fällen vor, in denen eine eklatant unrichtige Behauptung aufgestellt wurde.

Grundsätzlich können sowohl eindeutige Angaben wie " has been in business for over 50 years " 695., " established 1909 " 696. als auch implizite Angaben über den Zeitraum des Bestehens eines Betriebes wie " backed by the power of 30 years of progress " 697., " eight years of dependable service " 698., " millions of satisfied consumers for 17 years " 699. oder " we were pioneers in the manufacture of Coradio coin operated radios " 700. einem Verbot unterfallen. Ist kein Hinweis auf den Zeitraum der Herstellung gegeben, so werden die genannten Behauptungen zumindest als Angabe über den Zeitraum der Verkaufstätigkeit ausgelegt 701.

Eingeschritten ist die FTC aber nur bei wesentlichen Abweichungen, so z.B. bei Angabe eines dreißigjährigen Bestehens, wenn die Unternehmens-

-
695. Adam Industries, 58 FTC 1038, 1040, 1961
696. M. Lober & Associates Co., 59 FTC 375, 376, 1961
697. US Retail Credit Ass'n, 57 FTC 1510, 1514, 1960
698. Parliament TV Tube Sales Inc., 59 FTC 127, 129, 1961
699. Chemical Compounds Inc., 59 FTC 1357, 1359, 1961
700. Covideo Inc., 48 FTC 840, 841-842, 1952
701. Sterling Materials Co., 52 FTC 909, 914, 1956;
Chemical Compounds Inc., siehe Anm. 699., p. 1359

gründung vor erst vier Jahren erfolgt war 702.

Ein Wechsel in den Beteiligungsverhältnissen oder eine Änderung des Firmennamens während der Dauer des Bestehens des Unternehmens macht grundsätzlich die Werbung mit dem Gründungsdatum allein noch nicht unzulässig 703. Ob ein Konkurs die wirtschaftliche Kontinuität durchbricht, ist offen geblieben 704.

Wird ein wesentlich anderer Geschäftszweig betrie-

702. US Retail Credit Ass'n, siehe Anm. 697., p. 1515; Untersagung einer Angabe 40jährigen Bestehens bei 6jährigem Bestehen in Hillyard Optical Co., 40 FTC 340, 348, 1945;

Werbung "since 1820" unzulässig bei 10jährigem Bestehen, Dexter Thread Mills, 53 FTC 59, 51, 1955. Oft wird überhaupt nur festgestellt, daß die Gründung des Unternehmens zu einem wesentlich späteren als dem in der Werbung angegebenen Zeitpunkt erfolgt ist, Termitgas Inc., 46 FTC 671, 677, 1950. Ob eine wesentliche Abweichung vorliegt, kann nur an Hand der angegebenen Dauer des Unternehmensbestandes festgestellt werden. "Eight years of dependable service" darf auch nicht für einen schon 3 Jahre bestehenden Betrieb verwandt werden, Parliament TV Tube Sales Inc., siehe Anm. 698., p. 129.

703. Hillyard Optical Co., siehe Anm. 702., p. 348. Der Ankauf des Geschäftsvermögens unter Einschluß des "good will" und des Firmennamens berechtigt den Erwerber noch nicht zur Werbung mit dem Gründungsdatum der übernommenen Gesellschaft, Stip. 3623. Die Übertragung des Rechts zum Gebrauch eines altgeführten Firmennamens beinhaltet keine Befugnis, das Gründungsdatum der übertragenden Gesellschaft zu benutzen, Waltham Watch Co., v. FTC VII S. & C. 705, 707-708, 7th Circ. 1963

704. Macher v. FTC, 126 F 2nd 420, 2nd Circ. 1940

ben, so genügt die Zufügung eines Nachfolgeverhältnisses zur alten Firmenbezeichnung nicht 705.

ff. Die Errichtung nur scheinbar miteinander in Wettbewerb stehender Firmen (" bogus independents ")

Die Errichtung nur scheinbar miteinander in Wettbewerb stehender Firmen bei Identität der Anteilseigner und des Management in beiden oder mehreren Unternehmen, verbunden mit einer Wahl verschiedener Firmenbezeichnungen, hat neben der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eine Täuschung des Verbrauchers über das Bestehen eines Preis- und Leistungswettbewerbs 706. und den Firmenzusammenhang 707. zur Folge.

Im Fall des Fehlens der bereits geschilderten Personenidentität kann dann, wenn ein Unternehmen durch ein anderes beherrscht wird, vom Vorliegen eines echten Wettbewerbs nicht mehr ausgegangen werden 708.

705. Wholesale Watch & Jewelry Co., 32 FTC 763, 764, 1941

706. Alleghany Tube & Steel Co., 14 FTC 245, 257, 1930.
Der alternative Verbotgrund der Beeinträchtigung von Mitbewerbern und des Wettbewerbs ist regelmäßig in den früheren Entscheidungen noch zu finden: Fleischmann Co., 1 FTC 119, 131, 1918; Armour & Co., 1 FTC 430, 435, 1919, Täuschung des Handels;
Zur Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigung siehe auch Handler, Unfair Competition and the FTC, 8 Geo. Wash. L. Rev. 399, 414 (1940)

707. St. Louis Lightning Rod Co., 3 FTC 327, 329, 1921; Darling & Co., Inc., 30 FTC 739, 744, 1949; Frank Corwin Co., 38 FTC 272, 277, 1944

708. Specialty Accounting Supply Mfg. Co., 35 FTC 430, 444, 1942

b. Die Vorspiegelung von Beschäftigungs- und Verdienstmöglichkeiten

aa. Täuschende Angaben über Beschäftigungsmöglichkeiten

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bindung der FTC an die Befugnis zur Regelung des Handels (Warenverkehr und Dienstleistungen) können täuschende Angaben dieser Art nur unterbunden werden, wenn sie zur Tarnung einer Warenverkaufsaktion dienen oder im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Ausbildungskursen künftige Berufschancen nicht der Wirklichkeit entsprechend geschildert werden 709.

Soll dem durch ein Stellen- oder sonstiges Beschäftigungsangebot angelockten Kunden lediglich eine Ware verkauft werden, führt die fehlende Beschäftigungs- oder zumindest Vermittlungsmöglichkeit zur Untersagung 710. Eine Umgehung des Ver-

709. siehe dazu S. 57

710. Norton Institute, 14 FTC 299, 304, 1930: "Men, Get Forest Ranger Job... Write Norton Institute", Werbung eines Fernlehrgangs; National Sales & Service Co., 52 FTC 81, 82-83, 1955; Allied Merchandising Inc., 56 FTC 1255, 1258, 1960
Nat'l Employment Services, 58 FTC 38, 39-40, 1961: Anzeigen unter Zeitungsrubriken "help wanted" und "employment opportunities" mit Verkauf eines "Job and Opportunity Digest" ohne Vermittlungsmöglichkeit.

Die Unterscheidung zwischen einem Beschäftigungsangebot und einem Warenverkauf entfällt dann, wenn Geschäftsgegenstand eine Maschine ist, deren Betrieb als selbständige Ausübung eines Gewerbebetriebes angesehen werden kann, Illinois Continental Machine Corp., 54 FTC 610, 613, 1957

bots kann auch nicht dadurch erreicht werden, daß ein seinem Inhalt nach einem Kaufvertrag entsprechendes Vertragsverhältnis in die Form eines Werk- oder Dienstvertrages gekleidet wird 711. Im Bereich der täuschenden Behauptungen über zukünftige Beschäftigungsmöglichkeiten hat die FTC insbesondere solche Werbung attackiert, wonach in bestimmten Industriezweigen dringender Bedarf an fachlich geschultem Personal bestehen sollte 712.

- bb. Täuschende Darstellung von Verdienstmöglichkeiten
Aus Gründen des Verbraucherschutzes verbietet die FTC selbst an sich unschädliche Übertreibungen ohne nachprüfbaren Tatsachengehalt und vage Äußerungen 713.

711. S. & S. Tie Co., 43 FTC 605, 609-610, 1947

712. FTC v. Civil Service Training Bureau Inc., 79 F 2nd 113, 115, 6th Circ. 1935; Radio Television School, 57 FTC 1081, 1084, 1960; Atlantic Jet Training Inc., 59 FTC 247, 249, 1961.

Unzutreffende Werbung mit Stellenvermittlungsmöglichkeiten nach Absolvierung der Kurse: Weber Typewriter Mechanics School, 46 FTC 454, 462, 464, 1950; Nat'l Real Estate Appraisal Training Service, 56 FTC 712, 714, 1960

713. Overhaul Co., 39 FTC 9, 11, 12, 1944: "Fortunes come quickly with Overhaul, tremendous sales, big profits, wondrous success";
Elite Publishing Co., 28 FTC 1680, 1687-1688, 1939: "no risk" und "all you have to do is to follow our instructions".

Nach der Grundsatzentscheidung Tractor Training Service v. FTC, V S. & C. 741, 748, 9th Circ. 1955, muß jede Angabe über Verdienstmöglichkeiten auf Erfahrungswerten beruhen ("basis in fact").

Wird eine bestimmte, angegebene Verdiensthöhe von keinem der Beteiligten erreicht, bereitet der Nachweis der Täuschung keine Schwierigkeiten 714. Auf außergewöhnliche Gewinne durch Einzelne, die bei hohem Arbeitsaufwand sonstige unübliche Investitionen machen, darf nicht als typische Einnahmen verwiesen werden 715. Werden in der Werbung variable Gewinnspannen in Aussicht gestellt, muß der höchste angegebene Betrag durchschnittlich erzielt werden 716.

2. Täuschende Angaben über die Produktqualität

a. Allgemeine Probleme

-
714. § 16.857, Commodity Future Forecast, Dkt. C - 592, 10/1/63: "\$ 5.600 profit in three months with no effort and little risk";
§ 16.832 Insul Seal Products Inc., Dkt. 8598, 4/25/64; Sanderson Adjustment Bureau, 23 FTC 33, 41, 46, 1936. Der Nachweis der Täuschung kann auch an Hand der Tatsache erfolgen, daß die übliche Vergütung weit unter den angegebenen Beträgen liegt, Weber Typewriter Mechanics School, siehe Anm. 712., pp. 462-463
715. Abel Allan Goodman v. FTC, VI S. & C. 284, 298-299, 9th Circ. 1957
716. Harper Mfg. Co., 27 FTC 508, 512, 1938: "make up to \$ 25 a day"; der durchschnittlich erzielte Ertrag darf zumindest nicht wesentlich unter dem höchsten, angegebenen Betrag liegen, Gold Seal Chinchillas, 59 FTC 920, 922, 1961.
Dies gilt auch für die Angabe nur eines bestimmten Betrages, Nut - Distributors Corp., 55 FTC 1865, 1967, 1959.

aa. Alleinstellungswerbung (" uniqueness ")

aaa. Arten der Alleinstellungsbehauptung

Als Alleinstellungsbehauptung wird nicht nur eine Darstellung der Überlegenheit des Produkts über alle anderen gewertet, sondern auch die Werbung, daß das Produkt nur durch einen bestimmten Verkäufer erhältlich sei 717. oder daß vergleichbare Produkte überhaupt nicht existierten 718.

bbb. Auslegung als Behauptung der Überlegenheit über alle anderen Produkte

Alleinstellungswerbung durch Superlativwerbung ohne direkte Bezugnahme auf die Minderwertigkeit der Produkte der Mitbewerber hat die FTC in ständiger Spruchpraxis unterbunden, so z.B. "truely superior" 719., "finest" 720. oder "unique" 721.

Inwieweit die Werbung mit Preisen oder Emblemen Alleinstellungswerbung ist, hängt davon ab, ob aufgrund der Werbung das Vertrauen in eine die Auszeichnung verleihende, unabhängige, anerkannte Institution geweckt worden ist. Die American

717. E.M. Moss Mfg. Co., 19 FTC 467, 468, 1934.

Auch die Behauptung, daß andere Verkäufer ein dem Berechtigten zustehendes Schutzrecht verletztten, ist eine Alleinstellungswerbung, Nulomoline Co., 1 FTC 400, 410, 1919

718. Leonard Custom Tailors Co., 36 FTC 105, 108-109, 1943

719. Motloid Co., 38 FTC 661-662, 1944

720. Franklin Paint Co., 16 FTC 250, 257, 262, 1932, "purest" p. 256

721. § 19.494 Holiday Universal Corp., Dkt. C - 1851, 1/19/71;
§ 50.412 Revere Chemical Corp., File No. 712 3075, 12/17/71

Business Counsellors Inc. 722. hatte geworben:
" Bread Co. wins first prize award as the finest
white bread in the USA from Independent Bakers
Council of America " mit der Folge des Verbots
als Alleinstellungswerbung. Ohne diese Voraus-
setzung wird lediglich der vorgetäuschten Preis-
verleihung wegen untersagt 723. oder dann, wenn
der verliehene Preis keinerlei Bezug zur ange-
botenen Ware hat 724.

Behauptungen wie " Champion " 725., die vom Ver-
braucher auch nicht als Behauptung der Überle-
genheit über alle anderen Produkte verstanden
werden, deuten nur auf besonders gute Qualität
hin.

Im Rahmen dieser Art von Behauptungen, innerhalb
dessen dem Verbraucher Übertreibungen wohl er-
kennbar sein dürften, trägt die FTC diesem Ge-
sichtspunkt keinerlei Rechnung.

" America's biggest can of snow " 726. wurde un-
tersagt, wie auch " only device of its kind "
727. und " only way to effectively prevent moth
damage " 728., zugelassen dagegen " has qualities

722. 48 FTC 1031, 1036, 1952

723. Neuville Inc., 53 FTC 436, 440, 1959, "academy award
first prize bob pins"; Art Natinal Mfg. Distribution
Co., 58 FTC 719, 721, 1962, "gold medal award winner"

724. Mendoza Fur Dyeing Works, 32 FTC 331, 333, 1941

725. Firestone Tire & Rubber Co., Dkt. 8812, siehe Anm.
pp. 327 - 329

726. US Packaging Corp., 53 FTC 1174, 1176, 1957

727. Mirra Chemical Laboratories, 41 FTC 294, 298, 1945

728. Webster Electrical Co., 34 FTC 1341, 1344, 1942

that put it in a class by itself " 729. Ausgenommen vom Verbot sind nach der Spruchpraxis der FTC Behauptungen über eine Spitzenqualität, so z.B. " top quality " 730., " unusual high quality " 731. oder " extrafine " 732.

Positive Qualitätsbehauptungen mit eindeutigem Bezug auf die Minderwertigkeit sämtlicher anderer Konkurrenzprodukte werden durchgehend als Alleinstellungswerbung ausgelegt, so z.B., daß das Produkt besser verdaubar sei und schneller im Körper aufgenommen werde als jeder andere Lebertran 733. oder die Hörgeräte auf weitere Entfernung Wirkung hätten als Konkurrenzprodukte 734. oder der eigene Artikel jedes andere Material überdauere 735. Bewegt sich der behauptete Qualitätsvorteil des eigenen Produkts im Dunkeln, wie z.B. bei Wendungen wie " substantially different ", ist ein Verbot auch dann nicht zu erwarten, wenn ein eindeutiger, wenn auch impliziter Bezug auf die Minderwertigkeit sämtlicher Konkurrenzprodukte enthalten ist. Die Werbung " different from every kind of fabric ever made " 736. wurde

729. Celanese Corp. of America, 50 FTC 170, 172, 1953

730. Sales on Sound Corp., 27 FTC 850, 851, 1938

731. Seaboard Paint & Varnish Co., 31 FTC 684, 688, 1940

732. Pioneer Merchandise Co., Inc., 34 FTC 302, 304, 1941

733. § 16.828 Beecham Products Inc., Dkt. C - 720, 3/18/64

734. Forest A. Jones, 52 FTC 1192, 1198, 1956

735. Lifetime Inc., 59 FTC 1231, 1233, 1961

736. Celanese Corp. of America, siehe Anm. 729. p. 172

zugelassen. Jede Spezifizierung einer an sich vagen Behauptung über einen Qualitätsvorsprung der eigenen Ware kann zu einer Auslegung als Alleinstellungswerbung führen, wie dies hinsichtlich der Angaben " outstanding source of nutrients ... different from other enriched bread " 737. oder " substantially different from all other refined sugar in composition and food value " 738. erfolgte.

Außerhalb des Bereichs der Werbung mit Superlativen werden Behauptungen über einen besonderen Qualitätsvorteil des eigenen Produkts ohne eindeutigen Bezug auf die Minderwertigkeit sämtlicher Konkurrenzprodukte grundsätzlich nicht als Behauptung über eine Alleinstellung charakterisiert.

Wird ein Vergleich mit gewöhnlichen (" ordinary ") Produkten angestrengt, kann damit eine lediglich vergleichsweise Darstellung verschiedener Qualitätsmerkmale durchschnittlicher Produkte ohne Inanspruchnahme einer Alleinstellung gemeint sein. Werden jedoch bei Werbung dieser Art zusätzlich Behauptungen gemacht, die nur die Bedeutung einer Al-

737. § 19.539 ITT Continental Banking Co., prop. complaint, File No. 712 3447, 3/16/71; § 19.780, consent order, 8/17/71

738. § 19.696 Amstar Corp., prop. complaint, File No. 712 3498, 7/12/71

leinstellung haben können 739., versagt nach der Regel der Beurteilung nach dem Gesamteindruck die Berufung auf die Beschränkung der Behauptung auf den Vergleich mit gewöhnlichen Konkurrenzprodukten 740. Angaben wie z.B. " 270 square inch TV - 20 % bigger than other ordinary TV 21 " 741. oder " one toothpaste you can buy today ... (Auszählung der Qualitätsvorteile) ... costs no more than ordinary toothpaste " 742. wurden von der FTC angegriffen.

Die FTC hat der Bezugnahme auf gewöhnliche Produkte, wenn der Qualitätsunterschied der verglichenen Artikel durch eine verzerrte Demonstration veranschaulicht werden sollte, bisher die Bedeutung als Alleinstellungswerbung nicht zugemessen. In der Entscheidung Aluminum Co. of America 743. wurde ausgetrockneter Schinken in die zuvor absichtlich verknautschte Folie eines Mitbewerbers gewickelt mit dem Hinweis, daß es sich hierbei um eine " gewöhnliche " Folie handle.

In die unbeschädigte " New Super Alcoa Strength " Folie der Beklagten wurde frischer Schinken ge-

-
739. Carter Products Inc., 60 FTC 782, 792, 1962: "no other lather lets you shave so close", "the richest, wettest lather ever made"
740. siehe Anm. 739, p. 795
741. Admiral Corp., 52 FTC 554, 555, 1955
742. Zonite Products Corp., 48 FTC 1226, 1230, 1952
743. 58 FTC 265, 1961

wickelt, wodurch dem Betrachter deren Fähigkeit zur Frischhaltung im Gegensatz zu Konkurrenzprodukten bewiesen werden sollte. Die Unterlassungsverfügung der FTC bezog sich entsprechend den entwickelten Grundsätzen lediglich auf das Verbot des verzerrten Vergleichs 744. 745. Im Gegensatz hierzu wurde in einer kürzlichen Klage gegen die Union Carbide Co. 746. bei ähnlicher Sachlage aus einer verzerrten vergleichswisen Darstellung von Produkten eine Alleinstellungswerbung herausgelesen. Manche Qualitätsbehauptungen ohne jeden Bezug auf Konkurrenzprodukte sind von der FTC in Vergleiche mit " gewöhnlichen " Produkten uminterpretiert worden; verfolgt wurde jedoch jeweils nur wegen der Vortäuschung eines wesentlichen Qualitätsunterschieds zu durchschnittlichen Produkten ohne Überprüfung als Alleinstellungswerbung, so z.B. die Werbung der Spaulding Bakeries Co. " now you can enjoy white bread at every meal ... low calorie formula " 747. oder die

744. siehe Anm. 743. p. 273

745. Der Wert der Entscheidungen bez. verzerrter Vergleiche als Auslegungshilfe ist begrenzt, weil ohne Rücksicht auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer darin zu findenden Alleinstellungswerbung allein wegen des unzulässigen Vergleichs untersagt werden kann.

746. § 19.498 Dkt. 8811, complaint, 3/25/70, die Unterlassungsverfügung verbot wiederum nur den verzerrten Vergleich, § 19.656, consent order, 5/19/71

747. 63 FTC 922, 924, 926, 1963

der National Bakers Services Inc. " Hollywood bread is high in protein, vitamins and minerals, yet it has only 46 calories per slice " 748. Bezieht sich der Werbende auf die führende Wertklasse vergleichbarer Produkte (" leading brand ") unter besonderer Hervorhebung der Qualitätsvorteile des eigenen Produkts, nimmt er eine Alleinstellung für seine Ware in Anspruch, so z.B. mit der Behauptung " compare this leading shaving cream ... New Mennen So-Stroke world's richest instant shave cream " 749. oder " see, the leading brand left spots ... but Easy Off dried spotless and streakless " 750.

Durch besondere Unbestimmtheit der Art und Qualität der zum Vergleich herangezogenen Produkte ist die Werbung mit vagen Vergleichen wie z.B. " 20 % softer " oder " whiter " gekennzeichnet. Mit einer Ausnahme ist in der Vergangenheit die Unter-sagung eines vagen Vergleichs als unzulässige Alleinstellungswerbung nie Gegenstand von Ent-scheidungen der FTC gewesen, es sei denn, in Fäl-len, in denen ein besonderer Qualitätsvorteil des eigenen Produkts ganz besonders betont und durch Umstände konkretisiert wurde, die auf eine Allein-stellung hinweisen sollten, wie z.B. " a basic superiority, confirmed by science ... 20 %

748. National Bakers Service Inc. v. FTC, VII S. & C. 885, 887, 7th Circ. 1964

749. Mennen Co., 58 FTC 676, 677, 679, 1961

750. § 19.313 American Home Products Corp., File No. 702 3466, 8/18/70; § 20.071 consent order, 8/8/72

juicier " 751. Ob die in der Entscheidung Firestone Tire & Rubber Co. 752. vorgenommene Interpretation der Werbung " stops 25 % quicker " als Behauptung einer Vorrangstellung gegenüber sämtlichen Konkurrenzprodukten bereits eine abschließende Beurteilung ermöglicht, wird die weitere Entwicklung zeigen 753.

Greift der Hersteller aus einer Vielzahl von Konkurrenzprodukten ein ganz beliebiges heraus, um an Hand eines Vergleichs mit dem eigenen Artikel zu zeigen, daß bei gleichem Erscheinungsbild nicht auch gleiche Qualität vorliegen muß, liegt hierin noch kein Hinweis auf die Minderwertigkeit sämtlicher Konkurrenzprodukte. Die Klage gegen die Ford Motor Co. 754. wurde von der FTC zurückgewiesen, weil die Werbung " these two clutch discs may look alike ... but your Chevrolet knows the difference " 755. auch nicht als implizite Behauptung über eine Alleinstellung gewertet wurde.

Die Beurteilung reiner Qualitätsbehauptungen als

-
751. Oppenheimer Casing Co., 46 FTC 90, 92-93, 1949, künstliche Würstchenhüllen im Vergleich zu natürlichen Darmhüllen.
752. siehe Anm. II.95.
753. siehe ausführlicher S. 159 - 160
754. 53 FTC 1239, 1957
755. siehe Anm. 754. p. 1261; die Entscheidung des hearing examiners, die den Zusammenhang mit dem weiteren Werbetext "genuine Chevrolet parts" berücksichtigte, erscheint treffender, p. 1240.

Alleinstellungswerbung ist ein innerhalb der Spruchpraxis der FTC neuartiges Konzept 756.

Eine gegen die Sun Oil Co. 757. gerichtete Klage hatte die Untersagung der Werbung " Sunoco gasolines are an unusual gasoline " in Verbindung mit dem Werbeslogan " Don Quichote and Sancho Pansa on their glorious quest for the world's highest octane gasoline " wegen unzulässiger Alleinstellung zum Ziel.

Auch gegen die Procter & Gamble Co. wurde ein Verfahren eröffnet 758. Im Verlauf einer Werbesendung der beklagten Gesellschaft wurde eine Tasse " Crisco " - Öl zum Braten eines Hühnchens in eine Pfanne geschüttet, das Fett nach dem Braten wieder in die Tasse abgegossen und gezeigt, daß nur ein Löffel Öl fehlte. Aus diesem Werbespot leitete die FTC eine Behauptung, daß " Crisco " fettfreier brate als jedes andere Öl, ab.

Wenn auch noch nicht erkenntlich ist, aufgrund welcher besonderen Kriterien eine Behauptung über die Qualität eines Produkts ohne Bezug auf Konkurrenzartikel zur Alleinstellungswerbung avanciert, läßt sich zumindest eine Tendenz feststellen, dem bisher stiefmütterlich behandelten Gebiet der Alleinstellungswerbung mehr Beachtung zu schenken und nicht mehr an

756. siehe zur bisherigen Spruchpraxis S. 259

757. § 19.856 prop. complaint, File No.712 3581, 12/2/71

758. § 19.889 consent order, File No. 702 3260, 1/1/72

die explizite Behauptung einer Vorrangstellung zu binden.

ccc. Die Wahrheit der Alleinstellungsbehauptung
Die Behauptung über das Vorliegen einer Alleinstellung ist grundsätzlich dann zulässig, wenn sie wahr ist.

Der behauptete Qualitätsvorsprung vor sämtlichen anderen Produkten darf zumindest nicht unerheblich sein. Bei der Ermittlung des erforderlichen Abstands ist die FTC schon deshalb nicht zur Konkretisierung eines Maßstabs gezwungen worden, weil nur Fälle aufgegriffen wurden, in denen die Unrichtigkeit der Alleinstellungswerbung klar ersichtlich war, weil das Produkt entweder zu den marktüblichen Durchschnittsartikeln gehörte oder der angegebene Vorteil entweder offensichtlich nicht bestand oder irrelevant war. Ein Produkt gehört dann dem Durchschnitt an, wenn die wesentlichen Wirkungsbestandteile 759. oder die verwandte Formel 760., mit denen die Alleinstellung jeweils begründet wird, die gleichen sind wie bei Konkurrenzprodukten.

Eine Untersagung wegen Irrelevanz des behauptete-

-
759. Mirra Chemical Laboratories, 41 FTC 294, 298, 1945, das Mottenmittel war ein Standardprodukt;
§ 19.696 Amstar Corp., prop. complaint, File No. 712 3498, 7/12/71, Zucker mit dem generell verwandten Hauptbestandteil Sucrose;
760. Business Counsellors Inc., 48 FTC 1031, 1038, 1951

ten Vorzugs erfolgt dann, wenn entweder durch diesen bedingte Unterschiede in der Wirkungsweise ausgeschlossen sind 761. oder eine Wirkung desselben überhaupt nicht festzustellen ist 762. Anstelle der Abwägung der Eigenschaften konkurrierender Produkte findet sich meist nur der stereotype Satz, daß das Produkt nicht überlegen sei 763.

Bei Anerkennung eines relevanten Abstands zu Konkurrenzprodukten fordert die FTC jedoch keine wirtschaftlich erhebliche Sonderstellung, hält es aber für notwendig, daß der Vorzug in der Produktqualität noch meßbar zum Ausdruck kommt. Die Hole Proof Hosiery Co. 764. warb mit einer exklusiven Fertigungsmethode, wobei sie zwar die gleichen Chemikalien verwandte wie andere Hersteller von Strumpfwaren, die verschiedene Zusammensetzung jedoch zu einem Qualitätsunterschied führte.

Eine tatsächlich bezüglich eines Produktaspekts bestehende Alleinstellung muß genau auf die Konkurrenzprodukte begrenzt werden, denen gegenüber sie besteht, so z.B. die leichtere Verdaulichkeit und Verträglichkeit eines Lebertranpräparats auf

761. P. Lorillard Co. v. FTC, V S. & C. 210, 218-219, 4th Circ. 1950

762. Zonite Products Corp., 48 FTC 1226, 1230, 1952, Zahn-pasta gegen Gaumenschwund; Oppenheimer Casing Co., 46 FTC 90, 93, 1946, künstliche Würstchenhülle hatte keinerlei Einfluß auf Proteingehalt.

763. Lifetime Inc., 59 FTC 1231, 1241, 1961

764. 47 FTC 1668, 1673, 1951

reine Lebertranprodukte 765. Besteht die Überlegenheit nur unter ganz bestimmten Umständen, so z.B., wenn ein Reifen nur auf blankem Eis 25 % schneller stoppt als andere Reifen, muß über diese Einschränkung aufgeklärt werden

766. Ist der Qualitätsvorteil des eigenen Produkts in der Alleinstellungswerbung nicht präzise gefaßt, so muß die behauptete Überlegenheit nicht bezüglich aller wesentlichen Produktaspekte des Konkurrenzprodukts bestehen, sondern es genügt das Vorhandensein eines einzelnen hervorstechenden Vorteils 767.

Die Beweislast für die Unrichtigkeit der Behauptung liegt grundsätzlich bei der FTC 768.

ddd. Alleinstellungswerbung als herabsetzende Werbung

Alleinstellungswerbung, die Vergleiche mit bestimmten einzelnen oder auch sämtlichen Konkurrenzprodukten anstrengt, ist nur dann als herabsetzende Werbung unzulässig, wenn dadurch die Qualität der Konkurrenzprodukte ungerechtfertigterweise als minderwertiger herausgestellt wird. Noch nicht jeder Hinweis auf Konkurrenzprodukte innerhalb einer täuschenden Alleinstellungswer-

765. § 16.828 Beecham Products Inc., Dkt. C - 720, 3/18/64

766. Firestone Tire & Rubber Co., siehe Anm. II.95.
pp. 302-315

767. Zonite Products Corp., siehe Anm. 762., p. 618

768. Perfect Mfg. Co., 43 FTC 238, 244, 1946, "only plastic mender that mends aluminum without heat or electricity"

bung schließt eine Behauptung über die Minderwertigkeit von Konkurrenzprodukten in sich, so z.B. nicht " only the new Segal Pick - Proof Cylinder cannot be picked open ... experts have tried ... our competitors have tried too ... "

769. Auch die Werbung " don't take a chance with oldfashioned remedies " im Zusammenhang mit einer Behauptung einer Alleinstellung wurde nicht unter dem Gesichtspunkt einer Herabsetzung geprüft 770.

Der Bereich der schutzwürdigen Anpreisung des eigenen Produkts ist dann verlassen, wenn beim Vergleich ausdrücklich und speziell auf die minderwertige Qualität der Konkurrenzprodukte hingewiesen wird 771.

bb. Die täuschende Werbung mit Gattungsbezeichnungen

Die Bildung neuer Gattungsbezeichnungen ist nicht nach Belieben möglich, wenn sich für Produkte aus

-
769. Segal Lock & Hardware Co., Inc., 34 FTC 1375, 1378, aff' Segal Lock & Hardware Co. Inc. v. FTC, 143 F 2nd 935, 2nd Circ. 1944. Die Klageschrift in Sachen L.D. Caulk Co., 23 FTC 873, 879, 1936, griff die Werbung, daß "Twentieth Century Alloy" härter sei als andere Amalgamierungen als impliziten herabsetzenden Vergleich an, in die Unterlassungsverfügung wurde jedoch kein entsprechendes Verbot aufgenommen.
770. Koken Co., Inc., 48 FTC 611, 618, 1951
771. The Mennen Co., 58 FTC 676, 680, 1960; Carter Products Co., 60 FTC 782, 792, 1962. Dies ist schon regelmäßig dann der Fall, wenn auf bestimmte Vorzüge des eigenen Produktes hingewiesen wird, die die Konkurrenzprodukte angeblich nicht haben, siehe S. 378 - 379

einem bestimmten Grundstoff eine Bezeichnung allgemein eingebürgert hat. Dies gilt auch dann, wenn Abweichungen in Zusammensetzung oder Funktion vorhanden sind, so darf z.B. ein im wesentlichen aus Rayon bestehendes Material nicht als " polynosic rayon " 772.

Ebenfalls nicht gestattet ist die Verwendung für eine andere Warengattung. Die Einteilung der einzelnen Warengattungen beurteilt sich sowohl nach äußerem Erscheinungsbild und Funktionsfähigkeit der Ware als auch nach dem verwandten Herstellungsverfahren, den Bestandteilen und der Wertdifferenz. " Sauce Hollandaise " darf nur gebraucht werden, wenn der fettige Grundstoff ausschließlich aus Butter besteht und Herstellung nach traditionellem Rezept erfolgt 773. Die FTC hat gleichermaßen die Bezeichnungen " china " für nicht glashaltiges Keramikgeschirr 774., " engravings " für Drucke 775. sowie " paintings " für kolorierte Fotos 776. unterbunden. Weitere Voraussetzung der Benützung von Gattungsbezeichnungen in der Werbung ist, daß die die Gattung kennzeichnende Wirkungsweise des Produkts

772. Bigelow Sanford Carpet Co. Inc. v. FTC, VII S. & C. 80, 95-86, D.C. Circ. 1961

773. John Solari & Co., 43 FTC 184, 198, 1946

774. Harker China Co., 62 FTC 1382, 1384-1385, 1963

775. FTC v. Nu - Plate Engraving Co., 49 F 2nd 766, 2nd Circ. 1931

776. United States Sales Co., 33 FTC 176, 186, 1941

vorhanden ist; so dürfen beispielsweise synthetische Steine ohne Auswirkungen auf die Funktion des Uhrwerks nicht als " Rubis " einer Uhr bezeichnet werden 777.

Die Zulässigkeit der Verwendung von Gattungsbezeichnungen bei zusammengesetzten Produkten kann nicht einheitlich beurteilt werden.

Bei einzelnen Warenarten wird aus einer Werbung mit einer Gattungsbezeichnung auf absolute Reinheit des Produkts geschlossen. Das ist z.B. der Fall bei Wolle (" woolen ") 778., Schildkrötenöl (" turtle oil ") 779., Obstsaft (" juice ") 780. oder Schellack (" shellac ") 781.

Stehen in der allgemeinen Anschauung bestimmte Mischungsverhältnisse fest und haben sich für das zusammengesetzte Produkt spezielle Gattungsbezeichnungen gebildet, wie z.B. Parfum oder Eau de Cologne, hängt die Zulässigkeit der Werbung von der Berücksichtigung der genannten Mischungsverhältnisse ab 782.

Ansonsten gilt, daß wenn in einem zusammengesetzten Produkt der werterhöhende Bestandteil in aus-

-
777. Tornek v. FTC, 276 F 2nd 513-514, D.C. Circ. 1960
778. Gimbel Bros. v. FTC, 116 F 2nd 578, 579, 2nd Circ. 1941
779. White Cross Laboratories Inc., 21 FTC 265, 266, 1935
780. § 19.981 Ocean Spray Cranberries Inc., Dkt. 8840, 3/2/72
781. Casoff v. FTC, 38 F 2nd 790, 2nd Circ. 1930
782. Spencer Gifts v. FTC, § 70.313 Trade Cases, 3rd Circ. 1962

reichendem Maß vorhanden ist, mit der Gattungsbezeichnung für diesen Bestandteil für den Artikel geworben werden kann.

Dabei ist für die Bestimmung des noch ausreichenden Gehalts des werterhöhenden Bestandteils die Verkehrsauffassung und damit letztlich eine willkürliche Festsetzung maßgeblich. Eine Werbung mit einem werterhöhenden Bestandteil löst eine Irreführung über die Beschaffenheit eines Produkts sicher dann aus, wenn dieses fast ausschließlich aus minderwertigeren bzw. andersartigen Bestandteilen besteht 783. oder der angeblich werterhöhende Bestandteil keinerlei Wirkung entfalten kann 784. Grundsätzlich wird somit der werterhöhende Bestandteil überwiegen müssen 785.

Je nach der besonderen Beschaffenheit des Produkts genügt jedoch ein unterdurchschnittlicher Gehalt an werterhöhenden Komponenten, wenn dabei gewisse Mindestgrenzen eingehalten werden, so darf z.B. die Bezeichnung "Parfum" noch geführt werden, auch wenn der Essenzgehalt nur 16 % im Verhältnis

-
783. A. de Pinna Co., Inc., 27 FTC 1238, 1242, 1938, Silk Rayon mit nur 4 % Seide; Vulcanized Rubber & Plastics Co., VII S. & C. 73, 78, 3rd Circ. 1961, "rubber" für Plastikmaterial mit 13 % Gummianteil.
784. Excelsior Laboratory Inc. v. FTC, 171 F 2nd 484, 486-487, 2nd Circ. 1948, 25 / mio. Gramm Knoblauchöl pro Tablette
785. PlastiQ Finishes Co., 51 FTC 637, 639, 1954

zum Alkohol beträgt 786., gleichermaßen " Apfelbutter ", auch wenn nur 43 % feste Stoffe enthalten sind 787. oder " preserves ", auch wenn der Zuckergehalt bis 68 % beträgt 788.

Aufklärende Zusätze über das Vorliegen auch anderer Bestandteile sind dann nötig, wenn der Verbraucher von der einem Bestandteil entlehnten Gattungsbezeichnung auf Reinheit des Produkts schließt, so z.B. bei " Mohairwolle " die Angabe der weiteren Bestand-Rayon und Baumwolle 789. oder bei " Olivenölseife " die Kennzeichnung der außerdem enthaltenen Öle 790.

Ist der werterhöhende Bestandteil in unzureichendem Maß vorhanden, räumen aufklärende Zusätze über das tatsächliche Mischungsverhältnis eine Irreführung wegen der damit verbundenen Widersprüchlichkeit nicht aus. Als Ausnahme von diesem Grundsatz billigt die FTC täuschende Gattungsbezeichnungen beinhaltende Warenzeichen, soweit keine sich vom Sinn her ausschließende Bedeutung vorliegt, so z.B.

" plastic steel " für ein Kunstharzprodukt

786. § 17.851 Panat Jewelry Co., Dkt. 8660, 2/17/67

787. Stip. 2103

788. Fresh Grown Preserve Corp. v. FTC, 139 F 2nd 200, 2nd Circ. 1943

789. Louis A. Walton Co., 35 FTC 335, 344, 1945

790. Allan B. Wrisley Co. v. FTC, 113 F 2nd 437, 442, 9th Circ. 1940

mit 20 % Stahlanteil 791.

Bei Gebrauch von Gattungsbezeichnungen für Waren unterdurchschnittlicher Qualität vermeidet die FTC, wie auch in anderen Bereichen, eine vergleichende Wertung von Produkten, weswegen die Frage anschneidende Entscheidungen fehlen. Zwar wurde einmal die Werbung " Hanks for Yanks " für Taschentücher zweiter Wahl in kostspieligen Verpackungen verboten, die Ursache der Irreführung wurde jedoch weniger in der Gattungsangabe als in der Aufmachung gesehen 792.

cc. Die Imitation (" imitation ")

Viele hochwertigere Bestandteile eines Produkts können durch wesentlich billigere Komponenten, die ein gleiches äußeres Erscheinungsbild und möglicherweise auch gleiche Qualität aufweisen, ersetzt werden.

Mit ihrer Forderung nach klarer Kennzeichnung von Imitationsprodukten hat die FTC strenge Schutzvorschriften zugunsten des Verbrauchers gesetzt. Verboten sind Phantasiebezeichnungen für das Imitationsprodukt, wenn sie den irreführenden Eindruck hervorrufen, dieses gehöre als besondere Einzelgattung zu einer mehrere Spielarten umfassenden höherwertigen Produktgattung, so z.B. die Bezeich-

791. § 18.221 Devcon Steel Corp., Dkt. C - 607, 6/2/68; siehe hierzu insbes. bei Werbung mit Warenzeichen, S. 112 - 121

792. London Handkerchief Co., 40 FTC 291, 294, 1945

nungen " birthstone jewelry " 793. oder " Capra gem " 794., weil diese kaum den Schluß nahelegen, daß es sich hierbei um gefärbte, in der Retorte hergestellte Glassteine handelt.

Die Anlehnung an die Bezeichnung des höherwertigeren Produkts durch Wortneubildung ist ebenfalls untersagt, so z.B. " satinmaid " für ein Baumwollgewebe 795. Soweit hier nicht positive Täuschung durch Hinzufügung von Wendungen wie " authentic " 796. oder " genuine " erfolgt, können über die Imitation aufklärende Zusätze den Gebrauch der Bezeichnung zulässig machen.

Die direkte Übernahme der Bezeichnung des höherwertigeren Produkts ist grundsätzlich nicht gestattet. Bezeichnend ist, daß die Wahl aufklärender Zusätze erhebliche Schwierigkeiten bereitet, die jedoch meist darauf zurückzuführen sind, daß die beklagten Unternehmen die Aufnahme klarer Zusätze wie " imitation " oder " synthetic " in die Werbung scheuen, da hiermit eine Minderwertigkeit des Produkts verbunden wird.

Nichtsdestoweniger begnügt sich die FTC nur mit Zusätzen, die eindeutig zum Ausdruck bringen, daß es sich um eine Imitation handelt. " Chatham

793. Castle Co. Inc., 36 FTC 331, 334, 1943

794. Capra Gem Corp., 63 FTC 1912, 1939, 1963

795. N. Flügelmann & Co. v. FTC, 37 F 2nd 59, 61,
2nd Circ. 1930

796. Capra Gem Corp., siehe Anm. 794. p. 1939

Emeralds " mußte durch " Chatham Created Emeralds " qualifiziert werden, weil nur dadurch dem Verbraucher der synthetische Herstellungsprozeß verdeutlicht werden könne 797. " Neo - turquoise " wurde nur mit dem Zusatz " turquoise imitation " bzw. " simulated turquoise " 798. zugelassen, " Persian lamb " mit " Persian lamb like fabrik " bzw. " a fabric made to simulate Persian lamb " 799.

Im Gegensatz zu dem jederzeit zulässigen Zusatz " imitation " 800. ist die FTC mit anderen auf eine Imitation hinweisenden Kurzzusätzen hart verfahren. Der Zusatz " type " wird als Behauptung, daß die Originalware vorliege, gewertet 801. " Copy " und " reproduction " bedeuten nach der Spruchpraxis der FTC Übereinstimmung des Imitationsprodukts mit dem Original in allen Einzelheiten 802. Nicht nur Herstellungsverfahren und Musterung müssen die gleiche sein,

-
797. Chatham Research Laboratories, 64 FTC 1065, 1077, 1078, 1964; der Zusatz "Chatham Cultured Emeralds" wurde verworfen, siehe hierzu den dissent des Commissioner Anderson, p. 1078.
798. § 16.925 Belgard & Frank, Dkt. C - 750, 6/10/64
799. Philip Shlansky & Bros. Inc., 42 FTC 413, 423, 1946; Montgomery Ward & Co. Inc., 37 FTC 457, 462-463, 1943
800. North Western Extract Co., 46 FTC 786, 792-793, 1950; Capra Gem Corp., siehe Anm. 794. p. 1940
801. Sun - Fast Textiles Inc., 58 FTC 285, 286, 288, 1961: "Indian type madras"
802. Bigelow Sanford Carpet Co., 34 FTC 1252, 1257, 1942, "true copies", "perfect copies"

sondern auch die Farbgebung wie auch das Material im Detail übereinstimmen 803.

Die naturgetreue Nachahmung des äußeren Erscheinungsbildes des Originals reicht dann nicht aus, wenn die Qualität des Imitationsprodukts nur geringwertigeren Durchschnittsprodukten entspricht 804.

Angesichts der strikten Handhabung in den gerade geschilderten Fällen erscheint es schwer verständlich, daß die FTC die direkte Übernahme der Bezeichnung eines höherwertigeren Produkts in Warenzeichen für Imitationsprodukte unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt und auch hier vom Grundsatz des Schutzes von täuschungsgeeigneten Warenzeichen nicht abrickt. Der Bestandteil " Gem " der Firmenbezeichnung " Capra Gem Corp. " durfte beibehalten werden 805.

803. A. & M. Karagheusian Inc., 36 FTC 446, 449, 1943; Williamsburg Electric Co., 55 FTC 150, 153, 1956

804. Stetson China Co., 33 FTC 656, 660, 1941.
Auch die Bezeichnung "model" bedeutet Nachahmung eines Originals in sämtlichen Beziehungen, § 16.626 Lucky Products, Dkt. C - 608, 10/16/63, "model auto" muß selbst bei Verwendung für ein Kinderspielzeug Miniaturausgabe eines KFZ sein.

805. Capra Gem Corp., siehe Anm. 794.
Der hearing examiner hatte die Weiterführung der Firmenbezeichnung untersagt, p. 1937. Die Entscheidung der Commission erging ebenfalls mit einem dissent seitens des Commissioner Anderson, p. 1940

b. Täuschende Werbung mit nur mittelbarem Bezug auf die Produktqualität

aa. Die Beeinflussung der Qualität durch die Herstellungsart

Von großer Bedeutung für die Qualität eines Produkts, auch in den Augen der Verbraucher, ist die verwendete Herstellungsmethode. So wird z.B. Handarbeit gegenüber maschineller Fabrikation 806. und Einzelanfertigung gegenüber der Serienproduktion 807. vorgezogen.

Auch wenn beim Verbraucher nur eine ganz allgemeine Kenntnis oder Vorstellung über die höhere Wertstufe eines Produkts, jedoch keine Kenntnis über das konkrete Herstellungsverfahren verbreitet oder festzustellen ist, mißbilligt die FTC täuschende Angaben über eine traditionelle Herstellungsmethode, welche eine höhere Wertschätzung beim Verbraucher auslöst als eine neuere, in Wirklichkeit verwandte Fertigungsmethode 808.

Das Ergebnis des Schutzes traditioneller, kostspieliger Herstellungsverfahren wird im Bereich der Werbung mit bestimmter Herstellungsverfahren durch starke Einschränkung der Zulässigkeit der

806. FTV v. Maisel Trading Post, 79 F 2nd 127, 10th Circ. 1935, "Indian made jewelry"

807. Pratt Furniture Co., 58 FTC 1123, 1129, 1961, "custom crafted"

808. Rex Products Corp., 42 FTC 270, 275, 1946

Qualifizierung durch aufklärende Zusätze erreicht.

So deutet der Begriff " cloisonne " z.B. auf ein bestimmtes, in China früher zur Herstellung von Schmuckgegenständen angewandtes Emaillierungsverfahren, in dem mit Metallstreifen gezogene Muster verschiedenfarbig mit Emaillelack ausgemalt wurden. Ohne Beobachtung dieses Fertigungsverganges mit Lack minderwertiger Qualität bemalte Gegenstände durften auch den Hinweis " assorted cloisonne colours " bzw. " cloisonne effect top " nicht tragen 809. Der Zusatz " chamois French process, tanned in USA, imported skins " wurde ebenfalls verboten, weil das Leder nicht nach dem französischen Verfahren, das eine größere Saugfähigkeit und Weichheit des Materials garantierte, gegerbt wurde 810.

Die Kennzeichnung von Teppichen als " braided " wurde solchen Herstellern verwehrt 811., bei deren Herstellungsverfahren die einzelnen Materialstränge nicht um die Vorlage herumgeflochten, sondern nur herumgewickelt und aufgenäht wurden, und damit die Haltbarkeit geringer war.

Das aufgezeigte Bild der Spruchpraxis der FTC ändert sich auch dann nicht, wenn der Unterschied zwischen einem traditionellen Verfahren und einer

809. Rex Products Corp., siehe Anm. 808. p. 275

810. Gulf & Westindies Co., 46 FTC 39, 41, 46, 1949

811. The Providence Import Co., 58 FTC 89-90, 92, 1961

neueren Fertigungsmethode lediglich in einem kostspieligeren Verfahren ohne wesentlichen Qualitätsunterschied gegenüber dem neueren Verfahren liegt. Der Begriff " engraving " hat sich z.B. für eine Drucktechnik eingebürgert, bei der beim Druck eine Platte mit Metallbuchstaben auf das Papier gepreßt wird, dadurch auf diesem leichte Rillen entstehen, die anschließend mit Tinte gefüllt werden, wodurch das erscheinende Buchstabenbild reliefmässig herausragt. Dasselbe Ergebnis läßt sich durch Bestreuen von mit nasser Tinte applizierten Buchstaben mit Chemikalienpuder unter anschließender Schmelzung erreichen, ohne daß Vordruck mit Metallplatten erforderlich ist. Die FTC untersagte jegliche eine Anlehnung an die traditionelle Fertigungsmethode enthaltende Zusätze wie " dri - engraved ", " plateless engraved " 812., " engraved without copperplates " 813. oder " Nu - process engravers " 814.

Wird nach allgemeiner Anschauung mehr Wert auf den Gebrauchswert bzw. die Funktion des Artikels im Gegensatz zu dem Herstellungsprozeß mit einer bestimmten Methode gelegt, darf die den traditionellen und eventuell auch teureren Fertigungsverfahren

812. Keith M. Merrick, 57 FTC 1255, 1258, 1960;
Professional Reminder Service, 48 FTC 753, 754, 758,
1952

813. Plateless Engraving Co., 13 FTC 39, 1929

814. Frank W. Black Co., 14 FTC 394, 397, 1931

kennzeichnende Wendung auch für im neueren Verfahren gefertigte Ware benützt werden, soweit dieses die gleiche Qualität gewährleistet 815., so z.B. " stainless " für Stahlprodukte, bei denen die Chromlegierung erst während des Herstellungsvorgangs angebracht wird. Bei der Verwendung der Bezeichnung " fully fashioned " kommt es nicht auf die Herstellung des Strickmaterials auf einem bestimmten Maschinentyp, sondern auf die Paßform an 816., bei elastischem Gewebe auf die Dehnungsfähigkeit und nicht auf die Fertigung auf einem bestimmten Webstuhl 817.

Die FTC schützt mit gleicher Härte Gattungsbezeichnungen, die, für sich gesehen, keine Behauptung über die Herstellungsmethode enthalten, nach der die Produkte üblicherweise gefertigt werden. So deutet nach Auffassung der FTC die Gattungsbezeichnung " rubber " auf eine Vulkanisierung von Gummi und Schwefel hin und darf deswegen nicht für eine Verbindung aus synthetischem Gummi gewählt werden. Der Zusatz " rubber resin " wurde verboten 818. Die Bezeichnung " porcenamel " für mit einem organischen Plastikprodukt überzogene Gegenstände wurde wegen der Anlehnung an Porzellan-

-
815. National Silver Co., 27 FTC 565, 566, 1938
816. Silf Skin Inc., 55 FTC 1899, 1906-1907, 1955
817. H. Warshow & Sons, 48 FTC 1522, 1526, 1951
818. Vulcanized Rubber & Plastics Co. v. FTC, VII S. & C. 73, 76, 3rd Circ. 1961

lack untersagt, wobei eine Rolle spielte, daß bei der Herstellung Porzellanlack bis 1700 Grad, der Plastikgrundstoff jedoch nur bis zu 500 Grad erhitzt werden konnte 819.

bb. Die Werbung mit der Garantie

Die Werbung mit einer Garantie wird nicht mehr als Erklärung einer zivilrechtlich gültigen Verpflichtung zur Erfüllung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche verstanden 820., die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlagen brauchen daher auch nicht erfüllt zu sein.

Mittels einer Garantie kann der Verkäufer sowohl das Vorhandensein bestimmter Produktqualitäten 821. als auch die Übernahme gewisser Verpflichtungen im Zusammenhang mit einer Lieferung mangelhafter Ware wie z.B. Reparatur oder Ersatz des Produkts bzw. Rückerstattung des Kaufpreises 822. zusichern. Gerade wegen der Schaffung von über im Zivilrecht nicht begründeten und den Hersteller meist besonders beschwerenden Anspruchsgrundlagen wird die Garantie als Ausdruck des Glaubens des Herstellers in eine gute Qualität der von ihm vertriebenen Waren beurteilt.

-
819. Arrow Metal Products Corp., 53 FTC 721, 724, 1957, aff' Arrow Metal Products Corp. v. FTC, VI S. & C. 371, 372, 3rd Circ. 1957
820. In diesem Sinn noch die Entscheidung B.W. Cooke, 9 FTC 283, 296, 1925
821. Guides against Deceptive Advertising of Guarantees, 16 CFR, _ 239.1 (a)(1) und (2); Spezialvorschriften in sect. 10 Wool Products Labeling Act.
822. § 239.1. (b)

Die FTC hat im Bereich der Werbung mit der Garantie eben wegen der geschilderten Motivierung der Verbraucher der zulässigen Übertreibung keinerlei Spielraum gewährt. Die offensichtlich übertriebene Behauptung " guaranteed forever " für einen elektrischen Wassererwärmer 823. hat die FTC nicht unbeanstandet gelassen.

Eine erheblich zu weit gefaßte Garantie kann auch zu einer Täuschung über die Qualität der Ware führen, so ließ z.B. das Angebot, Autoreifen zur Hälfte des Kaufpreises auszuwechseln, wenn sie nicht 4000 Meilen hielten, auf eine besonders gute Qualität derselben schließen 824. Aus dem gleichen Grund wurde die Gewährung einer 5 - Jahresgarantie für Uhren, die regelmäßig vor Ablauf der Garantiefrist repariert werden mußten, unterbunden 825.

Mit den Bezeichnungen " unconditionally guaranteed " 826. oder " fully guaranteed " (sogen. unbeschränkte Garantie) darf nur geworben werden, wenn tatsächlich keine Beschränkungen hinsichtlich der Art und des Ausmaßes der Garantie

823. Michigan Merchandising Co., 31 FTC 1036, 1042, 1940

824. Akron Tire Co., 2 FTC 119, 125, 1919; siehe auch § 239.7

825. Wineholt Co., 34 FTC 1119, 1123, 1942

826. § 19.613 Community Hearing Center, File No. 705 8095, 5/7/71

bestehen. Jedoch wurde auch einmal " completely guaranteed " mit in Zusätzen offen gelegten Einschränkungen zugelassen 827. In einer neueren Entscheidung der FTC wurde die Angabe über die Geltungsdauer einer Garantie als einzig zulässige Qualifizierung einer an sich als unbeschränkt dargestellten Garantie zugelassen 828.

Die Werbung mit " guaranteed " oder " factory guaranteed " 829. (sogen. limitierte Garantie) ohne Hinzufügung weiterer aufklärender Zusätze ist nur erlaubt, wenn das Produkt ohne Rücksicht auf die Art des eingetretenen Schadens oder Mangels entweder repariert oder ohne jegliche finanzielle Verpflichtung des Käufers ersetzt wird 830.

Ansonsten muß durch besondere Hinweise verdeutlicht werden, ob sich die Garantie auf das gesamte Produkt oder nur auf Teile desselben 831. bezieht oder welche speziellen Produktqualitäten von ihr umfaßt sein sollen 832. Ebenfalls erforderlich sind Angaben über die Geltungsdauer der Garantie 833. sowie die Identität des verpflichteten Unternehmens 834. Weiter muß die Art

827. § 16.561 Model Home Furniture Co., Dkt. C - 580, 9/20/63

828. § 18.269 Advisory Opinion Digest No. 204, 4/3/68

829. § 16.772 State Paint Mfg. Co., Dkt. 8367, 2/7/64

830. Modern Sewing Machine Co., 49 FTC 1111, 1116, 1953

831. § 239. 1. (a)(1)

832. § 239. 1. (a)(2)

833. § 239. 1. (a)(3); Robert A. Lyons, 55 FTC 1677, 1679, 1959

834. § 239. 1. (c); § 16.958 Reliable Mfg. Corp., Dkt. C - 776, 7/9/64

und Weise der Erfüllung der Garantieverpflichtung spezifiziert werden, so z.B. deren Beschränkung auf Material- oder Herstellungsfehler 835., auf Reparaturarbeiten im Gegensatz zu einer Rücknahme der Ware unter Rückerstattung des Kaufpreises 836. oder auf Reparaturleistungen in nur bestimmten Vertragsbetrieben 837.

Jegliche Verpflichtungen, die der Käufer auf sich nehmen muß, um in den Genuß der Garantieleistungen zu kommen, sind anzugeben, gleichgültig, ob sie zu einer erheblichen finanziellen Belastung des Käufers führen wie z.B. die geforderte Bezahlung von Reparaturleistungen 838. oder geringfügig sind wie Erlegung von Post- oder Bearbeitungsgebühren 839. Enthält die Rückzahlung des Kaufpreises nicht die vom Käufer aufgebrauchten Kosten der Rücksendung der Ware, muß auch darüber aufgeklärt werden 840.

-
835. Benrus Watch Co. v. FTC, VII S. & C. 1386, 1397, 1398, 8th Circ. 1965
836. Simonds Upholstery Co., 49 FTC 1508, 1518, 1953
837. § 19.758 German Auto Agency, File No. 702, 3199, 8/12/71
838. Frank Sibert v. FTC, 1966 Suppl. S. & C. 375, 376, 2nd Circ. 1966; Clinton Watch Co. v. FTC, VI S. & C. 184, 186, 7th Circ. 1961
839. § 16.541 Benrus Watch Co., Dkt. 7352, prop. order to cease and desist, 7/31/63, § 16.994 order denying respondent's petition, 7/31/64
840. § 19.751 Skylark Originals, Dkt. 8771, initial decision to cease and desist, 8/4/71

Besonderer Beliebtheit erfreut sich die Garantie auf Lebenszeit (" lifetime guarantee "), wobei die Werbung Aufschluß darüber geben muß, ob diese sich auf die Lebenszeit des Käufers oder die Benutzungsdauer des Produktes bezieht 841.

Garantien mit dem Wortlaut " Zufriedenheit garantiert oder Geld zurück " (" money back guarantee ") setzen bei zulässiger Verwendung voraus, daß die avisierte Rückzahlung, je nach den Umständen, unverzüglich 842. oder wenn keine andere Bestimmung getroffen wurde, 30 Tage nach Rückerhalt der Ware 843. zu erfolgen hat.

Auf die Verpflichtung zur Rücksendung 844. sowie einen eventuellen Abzug für Postgebühren 845. muß hingewiesen werden.

Bei der sogen. pro - rata Garantie (" prorata adjustment of guarantees "), bei der die Höhe der Zahlungen für Reparaturleistungen oder des Preises für eine Nachlieferung der Ware von der bisherigen Gebrauchsdauer abhängig sind, ist die genaue Angabe erforderlich, welcher spezielle (Verkaufs- oder Listenpreis) Preis als Basis der Berechnung gilt 846.

Gemeinsame Vorschriften für alle Arten von Garan-

-
841. Parker Pen Co. v. FTC, 159 F 2nd 509, 512, 7th Circ. 1946
842. Mail Today Co., 50 FTC 987, 991, 1954
843. Skylark Originals, siehe Anm. 840.
844. § 18.317 Surrey Sleep Products, Dkt. 8695, 5/15/68
845. Skylark Originals, siehe Anm. 840.
846. § 239.2. (b)

tien sind im Lauf der Spruchpraxis der FTC entwickelt worden.

Wird in einer Werbung volle Garantie zugesichert, darf in dem der Ware beigegebenen Garantieschein keine Einschränkung erscheinen, und zwar auch dann nicht, wenn die in der Werbung gegebene Garantiezusage voll erfüllt wird 847., weil der Käufer aufgrund der eingeschalteten Garantieerklärung minderen Umfangs über seine Rechte irreführt werden könnte. Eine täuschende Werbung mit einer angeblich umfassenden Garantie wird auch dann verboten, wenn vor Abschluß des Kaufvertrags noch über deren tatsächlichen Inhalt aufgeklärt wird 848.

Erweisen sich Garantien als für die Aufnahme in bestimmtes Werbematerial wie z.B. Kataloge, zu umfangreich, muß zumindest die Verweisung auf den vollständigen Wortlaut der Garantie an anderer Stelle deutlich sein 849. Als Ausnahme von dieser Grundregel dürfen im Fernsehen angekündigte Garantien keine Verweisung auf die Spezifizierung des Inhalts derselben in nationalen Werbekampagnen enthalten 850.

Arbeitet ein Unternehmen mit verschiedenen Garantiezusagen mit jeweils anderem Inhalt, beansprucht die dem Kunden günstigste Gestaltung

847. *Montgomery Ward & Co., Inc. v. FTC*, 1967 Supp.

S. & C. 506, 509, 511, 7th Circ. 1967

848. *Frank Sibert v. FTC*, siehe Anm. 843.

849. § 17.159 *Magnavox Co.*, Dkt. C - 869, 12/29/64

850. § 17.579 *Advisory Opinion Digest No. 63*, 6/22/66

Geltung auch dann, wenn die ungünstigere Garantie dem Produkt beigegeben ist 851.

Gibt ein Großunternehmen für ihre Güte allgemein bekannte Garantiezusagen, müssen Händler, falls die von diesen selbständig aufgestellten Garantien Abweichungen zeigen, auf diesen Sachverhalt hinweisen 852.

Unabhängig von einer Irreführung über Art und Dekkungsumfang einer Garantie sind auch sonstige im Zusammenhang damit stehende täuschende Äußerungen unzulässig, wie z.B. die unzutreffende Angabe eines Fonds, aus dem angeforderte Rückzahlungen geleistet werden sollen 853. wie auch die Nichteinhaltung der in einer Garantie übernommenen Zusicherungen 854.

cc. Empfehlungen und Empfehlungsschreiben

(" testimonials " , " endorsements ")

Der Begriff " testimonial " wird hauptsächlich verwandt, wenn die empfehlende Person ein Empfehlungsschreiben für ein bestimmtes Produkt abgibt oder selbst in Rundfunk oder Fernsehen die Vorzüge des Produkts anpreist, wogegen " endorsement " lediglich auf eine anderweitige, günstige Beurteilung

-
851. § 19.429 Popeil Bros. Inc., prop. complaint, File No. 702 3249, 1/7/71
852. § 19.758 German Auto Agency, File No. 702 3199, 8/12/71
853. § 19.819 Abbey Domstic Sewing Center, File No. 712 3311, 10/13/71; § 16.904 American Foods Inc., Dkt. C - 745, 5/2/64
854. § 19.726 T - Ville Freezer Meats, File No. 702 3392, 7/23/71; § 19.472 Norfolg Hill Ltd., File No. 695 8089, 2/8/71

hinweist, auf die sich der Verkäufer in seiner Werbung beruft. In der Praxis werden die verschiedenen Bedeutungen jedoch nicht auseinandergehalten und wegen der gleichen Behandlung der Rechtsfolgen ist eine Unterscheidung auch wenig sinnvoll.

aaa. Konflikt zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit des Ausstellers der Empfehlung und der Verhinderung von Täuschungsgefahr

Die Beliebtheit der Empfehlung als Werbemethode erklärt sich aus deren Zweck, den Verbraucher in der Vorstellung zu bestärken, daß eine vom Hersteller unabhängige Person oder Stelle aufgrund eigener Kenntnisse oder Erfahrungen mit dem Produkt dessen Vorzüge oder Überlegenheit über andere Produkte beurteilen kann.

Das Recht des Ausstellers, seine möglicherweise unrichtige Meinung über das Produkt frei zu äußern, kann auch die FTC nicht beschneiden.

Werden jedoch unzutreffende Erklärungen des Ausstellers einer Empfehlung mit dem Ziel der Verkaufsförderung genutzt, stehen sich das Recht des Herstellers auf Vertrieb der Ware durch Werbung, die nicht den Schutz der Verfassung für Meinungsäußerungsfreiheit genießt 855. und das Recht des Verbrauchers auf Schutz

855. siehe dazu ausführlich S. 76 - 77

vor Täuschung gegenüber. Diesen Interessenkonflikt hat die FTC grundsätzlich zugunsten des Verbrauchers gelöst.

Die allgemeinen Grundsätze der Beurteilung irreführender Werbung finden auch auf die Empfehlung in vollem Umfang Anwendung.

Dementsprechend wird nicht nur die täuschende Benutzung einer eindeutigen Empfehlung, sondern auch jegliche Andeutung, die vom Verbraucher unzutreffend als günstige Beurteilung von dritter Seite verstanden werden könnte, unterbunden, so z.B. die Anfügung von " M.D. " zum Warennamen als Hinweis auf eine Empfehlung des Produkts durch Ärzte 856. oder die Führung des Namens " Mayo " als Zeichen der Verbindung mit dem berühmten Gründer der Mayo - Klinik 857.

Übernimmt ein Hersteller unabhängige Zeitungsartikel oder sonstige Gutachten in seine Werbung, läuft er Gefahr, daß, je nach dem Zusammenhang mit dem Werbetext, eine Empfehlung abgeleitet wird 858. Einer möglichen Täuschungsgefahr kann mit einem Zusatz des Inhalts, daß die wiedergegebene Beurteilung sich nicht auf die speziellen Produkte des Werbenden beziehe, begegnet werden.

856. Stanley Laboratories v. FTC, 138 F 2nd 388, 391-393, 9th Circ. 1943, "M.D. Medicated Douche Powder"

857. Mayo Brothers Vitamins Co., 40 FTC 116, 122, 1945

858. Post Institute Sales Corp., 34 FTC 394, 407, 1941

Die erforderliche Kausalität zwischen Empfehlung und Beeinflussung des Kaufentschlusses wird nicht nur dann als gegeben angesehen, wenn berühmte Persönlichkeiten 859. oder bekannte Institutionen 860. ein Urteil abgeben, sondern auch dann, wenn dieses aus bedeutungslosen oder anonymen Quellen stammt, dem Verbraucher aber noch den Eindruck allgemeiner Zufriedenheit mit dem Produkt oder einer überprüften Wertschätzung vermittelt, so z.B. "contractors all over the world testify" 861., "tested in the world's foremost laboratories ... the screens smartest stars use Endura" 862. oder "plus 575.000 more in the first four weeks" 863.

Trotz der Tatsache, daß Empfehlungen auch nach Kenntnis des Verbrauchers einen gewissen Spielraum für Meinungsäußerung enthalten, hat die FTC übertreibende Empfehlungen nicht zugelassen.

In der schon angeführten Entscheidung Moretrench

-
859. International University of Commerce, 29 FTC 1053, 1059, 1939, Empfehlung durch Henry Ford und Walter Chrysler; Northam Warren Corp., 15 FTC 389, 393, 1931, Empfehlung durch Anna Pawlova
860. Lane v. FTC, 130 F 2nd 48, 50, 9th Circ. 1942, "Mellon Institute of Industrial Research"; Adolph Kastor & Bros. v. FTC, 138 F 2nd 824, 825, 2nd Circ. 1943, "Boy Scouts of America"
861. Moretrench Corp. v. FTC, 127 F 2nd 792, 795, 2nd Circ. 1942
862. Endura Corp., 28 FTC 274, 278, 1939
863. § 17.287 Revco D.S. Inc., Dkt. 8576, 6/28/65

Corp. v. FTC 864. wurde festgestellt, daß die Angaben " contractors all over the world testify that ... is lower in cost than ... " oder " is as good as any five others, say experienced contractors " als nachprüfbare Tatsachenbehauptungen gewertet. Der 2nd Circuit erinnerte sich dabei nur ungern an den behördlichen Beurteilungsspielraum:

" it is extremely hard to believe, that any buyers of such machinery could be mislead. ... nothing more than the exuberant enthusiasm of satisfied consumers. But in such matters we understand, that we are to insist upon the most literal truthfulness " 865.

Dem Hersteller selbst verwehrte Äußerungen werden nicht dadurch zulässig, daß er diese durch Dritte verbreiten läßt.

Die Grenze der Zurechnung der Behauptungen Dritter liegt darin, daß der Werbende nicht für jegliche Unrichtigkeit der Äußerung des Ausstellers der Empfehlung haftet. Der 7th Circuit wies in der Entscheidung R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FTC 866. die zu weitgehende Auffassung der FTC zurück, daß eine Empfehlung in allen Beziehungen richtig sein müsse (" factually true in all respects ") 867.

864. siehe Anm. 864.

865. siehe Anm. 861. p. 795

866. V S. & C. 332, 7th Circ. 1951

867. siehe Anm. 866. p. 337

Dementsprechend darf eine Empfehlung, die phantastische Behauptungen enthält, nicht einfach vom Werbenden übernommen werden. 868.

Der Bezug auf Expertenmeinungen enthebt den mit einer Empfehlung werbenden Hersteller jedenfalls dann nicht des Vorwurfs täuschender Werbung, wenn diese nicht zutreffen 869.; es besteht somit Überprüfungspflicht in vollem Umfang. Die auf Stellungnahmen von Fachkapazitäten basierende Werbung ist von der FTC jedoch bisher noch nicht angegriffen worden 870.

bbb. Der Wahrheitsgehalt einer Empfehlung im einzelnen

Die Frage, ob der Aussteller einer Empfehlung das Produkt im Zeitpunkt der Erteilung selbst gebraucht haben muß, kann nicht generell beantwortet werden. Stellt der Aussteller eine Behauptung über bestimmte Vorzüge des Produkts auf, die nur auf persönlicher Erfahrung basieren können, hat die FTC den tatsächlichen Gebrauch des Produkts gefordert 871. 872. Wird ohne Hinweis auf bestimmte Qualitäts-

-
868. Mixer Medicine Co., 19 FTC 203, 209, 210, 1934, Heilmittel gegen Krebs; Kundenempfehlungen dürfen auch dann nicht in der Werbung herausgestellt werden, wenn der jeweilige Inhalt mit einer überwiegend vertretenen Expertenauffassung nicht vereinbar ist, American Chemical Paint Co., 45 FTC 9, 21, 22, 1948
869. Giljan Medicine Co., 40 FTC 595, 604, 1945; Atmoray Inc., 36 FTC 457, 466, 1943
870. George J. Alexander, siehe Anm. 198. p. 188
871. Dies gilt ohnehin, wenn ein Hersteller mit Kundenempfehlungen wirbt, Inecto Inc., 16 FTC 198, 221, 1932
872. Jackson University of Business, 27 FTC 1203, 1213, 1938

merkmale lediglich ausgeführt, daß das Produkt bevorzugt werde, liegt hierin zumindest die Aussage einer persönlichen Überprüfung 873.

Die FTC verhindert weiter den Gebrauch in sich bedeutungsloser Empfehlungen. So dürfen Empfehlungen bezüglich der Wirkungsweise von Produkten dann nicht verwandt werden, wenn vom Aussteller vernünftigerweise ein begründetes Urteil wegen fehlender Fachkenntnis nicht erwartet werden kann 874. Dies gilt auch dann, wenn einschlägige Fachkenntnis auf einem bestimmten Gebiet für die Wertung eines konkreten Produkts irrelevant ist, so kann z.B. ein berühmter Rennwagenfahrer über die Eignung eines Spielzeugautos für Kinder keine Aussage machen 875.

Kann sich die in einer Empfehlung dargestellte Expertenmeinung nicht auf eine überwiegend vertretene Auffassung stützen, wird auf dieser aufbauende Werbung untersagt 876. In der Empfehlung angegebene Testserien müssen stattgefunden haben 877.

ccc. Fiktion und Mißbrauch von Empfehlungen

873. R.J. Reynolds Co., 46 FTC 706, 731, 1950;
Stip. 9451, 58 FTC 1239, 1961
874. Vantage Medicine Co., 27 FTC 1087, 1096, 1938
875. § 19.850 Topper Corp., Dkt. C - 2073, 11/1/71
876. E.R. Davis Prescription Co., 34 FTC 486, 490, 1942;
Atmoray Inc., siehe Anm. 869. p. 466
877. Bailey Radium Laboratories, 15 FTC 419, 1931;
Stip. 2865, 46 FTC 1177, 1949

Die Irreführung über die Erteilung von Empfehlungen durch Werbung mit fingierten Empfehlungen ist stets unzulässig, so z.B. die unzutreffenden Angaben, in der Zeitschrift " Good House-keeping " sei ein Produkt günstig beurteilt 878. oder eine Enzyklopädie sei empfohlen 879.

Eine tatsächlich gegebene Empfehlung kann auch mißbräuchlich benutzt werden, so z.B. wenn sie für die frühere Ausgabe eines Werks erteilt worden ist und für die Neuerscheinung übernommen wird 880. Bei Geschäftsübernahme darf mit einer dem Rechtsvorgänger erteilten Empfehlung auch dann nicht geworben werden, wenn das Produkt, auf das sie sich bezieht, auch nach der Übertragung in unveränderter Form hergestellt wird 881.

Die für ein bestimmtes Produkt 882. bzw. für Einzelteile eines Produkts 883. erteilte Empfeh-

-
878. Eastern Metal Products Corp., 55 FTC 1547, 1549, 1959
879. Standard Education Society v. FTC, 302 US 112, 114, 1937
880. Standard Education Society v. FTC, siehe Anm. 879. no. 114
881. General Implements Co. of America Inc., 21 FTC 695, 705, 706, 1935; Inecto Corp., siehe Anm. 871. pp. 221-222, aff' Inecto Corp. v. FTC, 70 F 2nd 370, 2nd Circ. 1935
882. Standard Education Society v. FTC, siehe Anm. 880.
883. Niresk Industries Inc. v. FTC, VI S. & C. 727, 733, 735, 7th Circ. 1960

lung darf nicht auf andersartige Produkte bzw. auf das gesamte Produkt ausgedehnt werden. Eine einseitige Veränderung des Wortlauts der Empfehlung nach Belieben des Werbenden findet ihre Grenze in der Unzulässigkeit der Verzerrung des ursprünglichen Wortlauts oder Sinns 884.

Lange Zeit zurückliegende Empfehlungen können auch überholt sein 885.

ddd. Die Aufforderung zur Abgabe einer Empfehlung
sowie die bezahlte Empfehlung

Weder der Glaube in das seitens des Verbrauchers vorausgesetzte Urteilsvermögens des Ausstellers noch das Vertrauen in dessen Objektivität werden dadurch erschüttert, daß die Empfehlung auf Anforderung des Werbenden hin erteilt wurde.

Diese Tatsache muß nur dann in einem besonderen Zusatz dargelegt werden 886., wenn behauptet wird, es handle sich um eine unaufgefordert abgegebene Erklärung 887. Die FTC hat selbst dann, wenn die Empfehlungsschreiben vorbereitet wurden und von den Ausstellern lediglich unterzeichnet zu werden brauchten, kein Verbot der Benutzung

884. Bureau of Engraving Inc., 39 FTC 192, 198, 1942

885. Dobe School of Drafting, 22 FTC 120, 125, 1936; verschiedentlich wurde sogar eine Datumsangabe gefordert, Bureau of Engraving Inc., siehe Anm. 884. sowie Stip. 3250, 34 FTC 1541, 1941

886. § 19.737 Eastern Detective Academy Inc., Dkt. 8739, 6/30/71

887. Lifelong Battery Mfg. Corp., 53 FTC 1075, 1077, 1957

dieser Empfehlungen ausgesprochen 888.

Im Gegensatz hierzu hat die Zulässigkeit bezahlter Empfehlungen eine abwechslungsreiche Entwicklung genommen. In einem frühen Vergleichsverfahren hat die FTC ohne große Umstände die Werbung mit einer bezahlten Empfehlung verboten, weil die Zahlung als eine vom Publikum nicht erkannte Voraussetzung der Erteilung gesehen werde 889.

Später wurde die Offenlegung einer erfolgten Bezahlung als ausreichend erachtet 890. In der heute maßgeblichen Entscheidung Northam Warren Corp. v. FTC 891. wurde der Gebrauch bezahlter Empfehlungen mit der Begründung zugelassen, daß der Wert einer Empfehlung als objektive Erklärung von vorneherein recht gering sei und durch eine Bezahlung auch nicht noch weiter vermindert werde 892.

Die genannten Entscheidungsgründe rechtfertigen jedoch die Annahme, daß eine Aufklärung über eine finanzielle Zuwendung jedenfalls dann zu er-

888. Eastern Detective Academy Inc., siehe Anm. 886.

889. Stip. 215, 11 FTC 558, 559, 560, 1927

890. Stip. 760, 14 FTC 587, 588, 1931

891. 59 F 2nd 196, 2nd Circ. 1932

892. siehe Anm. 891. p. 198: "... because a prominent person ventures an opinion without being requested to do so, is no guarantee either of veracity or good judgement ... we have no right to presume that endorsers of commercial products falsify their statements because they have received compensation"

folgen hat, wenn die Empfehlung auf durchgeführte Testserien gestützt wird.

In der Entscheidung Procter & Gamble Co. 893. wurde eine Werbung des Inhalts mißbilligt, daß Waschmaschinenhersteller das Waschpulver der beklagten Gesellschaft durch Verschenken eines Pakets beim Verkauf von Waschmaschinen empfehlen, welches in Wirklichkeit von Procter & Gamble bezahlt worden war. Die Werbung eines Zuckerherstellers, die Fußballnationalmannschaft bevorzugen " Domino sugar " deswegen, weil er besonders gesundheits- und energiefördernd sei, durfte nicht weitergeführt werden, weil die Spieler Zahlungen erhalten hatten 894.

Die FTC hat auch die Vereinbarung eines Matratzenherstellers mit der American Medical Association beanstandet, aufgrund deren mit einer Empfehlung für die Matratzen gegen Abführung eines bestimmten Prozentsatzes vom Verkaufserlös des Herstellers geworben werden durfte 895. Neben der geforderten Aufklärung über die Zuwendungen gestattete die FTC dem Hersteller jedoch einen Hinweis auf den jeweiligen Zweck, dem die American Medical

893. § 17.511, Dkt. 7542, 4/27/66

Der Gebrauch der Empfehlung wurde auch für den Fall als zulässig erachtet, daß die beklagte Gesellschaft das Waschmittel kostenlos auslieferte oder die Zugabe von beiden Unternehmen als Kosten einer Gemeinschaftswerbung finanziert wurde.

894. § 19.696 Amstar Corp., prop. complaint, File No. 712 3498, 7/12/71

895. § 20.022 Eclipse Sleep Products Inc., File No. 692 3027, 6/12/72

Association die empfangenen Gelder zuführte.

Werden in einer Empfehlung Konkurrenzwaren herabgesetzt, muß ein Zusatz über eine erfolgte Bezahlung aufgenommen werden 896.

Empfehlungen seitens am Verkauf der Ware interessierter Aussteller 897. setzen im Fall des Gebrauchs als Werbung eine Offenlegung der bestehenden geschäftlichen Beziehungen voraus 898.

Sonstige Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Aussteller und Werbendem, wie z.B. eine Angestelltentätigkeit des Ausstellers 899. oder eine Leitung des die Empfehlung erteilenden Testinstituts durch Angestellte des Werbenden als Anteilseigner 900. müssen gleichfalls dargelegt werden.

dd. Werbung bezüglich der Innehabung von Patenten und anderen Schutzrechten

Die FTC hat durchgehend Werbung mit nicht bestehenden Patenten verboten 901. und zwar auch dann, wenn nur Andeutungen, wie z.B. " Reg. US Patent

896. George J. Alexander, siehe Anm. 198
pp. 181 - 200

897. Calumet Baking Powder Co., 10 FTC 35, 38, 40, 1926

898. Stip. 01762, 24 FTC 1582, 1937

899. Wroblewski Drug Co., 33 FTC 733, 745, 1943

900. § 16.962 Revco D.S. Inc., Dkt. 8576, das "CPI" - Siegel (Consumer Protection Institute) verlieh die Werbeagentur des Herstellers.

901. Bronson Shoe Co., 21 FTC 384, 387, 389, 1935: der Verbraucher schließt vom Patent auf höhere Qualität der Ware.

Office " 902. oder " Pat. No. " 903. erfolgen.

Eine noch schwebende Patentanmeldung darf nicht als Patent bezeichnet werden 904. Ebenso wird nach Ablauf der Schutzfrist die Werbung mit einem Patent unzulässig 905. Erwirbt ein Unternehmen eine Lizenz zur Herstellung eines patentierten Artikels, darf nicht über die Patentrechte getäuscht werden, auch wenn wesentliche eigenständige Verbesserungen des Patents erreicht werden konnten 906.

Irreführende Angaben dürfen weder über den Umfang eines Patents 907. noch über die Ergebnisse eines patentierten Verfahrens gemacht werden. Eine unzutreffende Patentbeschreibung kann auch im Fall der Registrierung des Schutzrechts nicht angeführt werden 908.

Die Spruchpraxis der FTC zur Werbung mit Warenzeichen wurde bereits ausführlich dargestellt 909.

Zu erörtern ist noch, daß die FTC auch die Inanspruchnahme anderer Ausschließlichkeitsrechte wie Alleinverkaufs- oder Herstellungsrechte 910. bzw.

-
902. American Remedy Co., 24 FTC 1128, 1133, 1134, 1937
903. Bronson Shoe Co., siehe Anm. 901. pp. 287, 388
904. The Cheshill Mfg. Co., 32 FTC 475, 480, 1941
905. Champion Blower & Forge Co., 3 FTC 137, 140, 1920
906. Walter Kidde & Co., 36 FTC 431, 440-445, 1943
907. Joe Lowe Corp., 45 FTC 768, 770, 1949
908. Decker v. FTC, 176 F 2nd 461, D.C. Circ. 1949
909. siehe insbes. S. 111 - 121
910. Nulomoline Co., 1 FTC 400, 412, 1919

Alleinvertriebsrechte 911. durch Nichtberechtig-
te in früheren Entscheidungen unterbunden hat.

3. Die geographische Herkunftstäuschung

a. Die Arten der täuschenden Herkunftsangaben

Eine Täuschung über die geographische Herkunft
von Waren können sowohl unmittelbare wie auch
mittelbare Herkunftsangaben verursachen.

Bei den unmittelbaren Herkunftsangaben, die die
geographische Bezeichnung direkt enthalten, kann
diese aus dem Namen einer Stadt 912., eines Lan-
des 913. oder eines ganzen Kontinents bestehen 914.

Die FTC, obwohl sie eine theoretische Trennung
zwischen unmittelbaren und mittelbaren Herkunfts-
angaben in ihren Entscheidungen vermissen läßt,
behandelt als Herkunftstäuschung ebenfalls solche
Angaben, wie sie den irreführenden mittelbaren
Herkunftsangaben deutschen Rechts entsprechen 915.
Als Herkunftsangabe wird jegliche Bezeichnung be-
handelt, die, ohne einen direkten geographischen
Hinweis selbst zu enthalten, beim Publikum mög-

911. Platell Shoe Co., 22 FTC 695, 700-702, 1936

912. Top Form Mills Inc., 63 FTC 830, 864, 1963 " Biarritz,
- Paris - Cannes"; Rockford Furniture Factories Inc.,
33 FTC 971, 976, 1941, "Rockford Furniture"

913. Mac Dougal Bros., 38 FTC 248, 252, 1944, "Maine Po-
tatoes"; Preferred Havana Tobacco Co., 38 FTC 394,
408, 1944, "fully prepared in Cuba"

914. Great Britain Spiritualist Church, 29 FTC 782, 790,
1939, "Africa"

915. Ulmer-Reimer (Beier), das Recht des unlauteren Wett-
bewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band III,
S. 520-521, 1968

licherweise noch die Vorstellung der Herkunft der Ware aus einem bestimmten Gebiet ausgelöst. So werden Anlehnungen an besonders bekannte Herkunftsbezeichnungen wie z.B. "Persiamar" oder "Kashamar" für einheimische Produkte 916. oder auch Produktbezeichnungen, die ausländisch anmutende Wortzusammenstellung aufweisen, wie z.B. "Chen Yu Nail Lacquer" 917., verboten.

Auch Abbildungen für einen Landstrich typischer Motive oder Szenen 918. oder historischer Figuren 919., sonstige nationale Embleme 920. oder auch nur bestimmte Farbgebungen 921. lassen oft auf die Herkunft der Ware aus bestimmten Gebieten schließen.

Individuelle Herkunftsangaben können sich aus für das einzelne Unternehmen als Individualbezeichnung grundsätzlich schutzunfähigen Herkunftsangaben dann entwickeln, wenn eine Zweitbedeutung der ursprünglich geographischen Her-

-
- 916. Bigelow Sanford Carped Co., 34 FTC 1252, 1257, 1942
 - 917. Associated Distributors Inc., 36 FTC 756, 763, 1943
 - 918. Babiglo Co. Inc., 25 FTC 1107, 1115, 1937, spanische und italienische Szenen für Seife aus Olivenöl
 - 919. Edwin Cigar Co., 32 FTC 1596, 1617, 1941, "Duke of Windsor", "Lord Rochester" für Zigarren
 - 920. Manhattan Brewing Co., 42 FTC 226, 235, 1946, britisches Wappen für einheimisches Bier; Indian Fruit & Vegetable Distributors Co., 38 FTC 597, 601, 1942, Indianerkopf als Gütezeichen für Zitronen
 - 921. Heavenly Creations Inc., 64 FTC 978, 992, 1964, weißgrüne Packung für aus Japan stammendes Leinentischtuch. Weißgrün ist eine auf Irland hindeutende Farbgebung.

kunftsangabe 922. für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen nachgewiesen werden kann.

Die Möglichkeit der Umwandlung einer geographischen in eine betriebliche und damit individuelle Herkunftsangabe wird im Zivilrecht nach den Voraussetzungen der Theorie des "secondary meaning" 923. behandelt, nach der die maßgeblichen Kriterien der Erlangung einer Zweitbedeutung längere Dauer des Gebrauchs der ursprünglich geographischen Angabe durch ein bestimmtes Unternehmen, umfangreiche Werbetätigkeit und Assoziation der an sich ortsgebundenen Bezeichnungen mit dem diese führenden Unternehmen in der Vorstellung eines wesentlichen Teils 924. der Verbraucher sind 925.

-
922. Geographische Bezeichnungen sind als Individualbezeichnungen bestimmter Unternehmen grundsätzlich schutzunfähig, Canal Corp. v. Clar, 80 US 327, 331, 1871
923. Sie hat hier andere Voraussetzungen als bei der Beurteilung der Täuschungsgeeignetheit der Werbebehauptung mit einer Zweitbedeutung, siehe hierzu S. 116
924. Carling Brewing Co. Inc., v. Philip Morris Inc., 277 F. Supp. 326, 330, D.C. N.D. Ga. 1967; siehe bez. der Beweisschwierigkeiten des beweispflichtigen Unternehmens Julius R. Lunsford, Jr., the Mechanics of Proof of Secondary Meaning, 59 TMR 263, 272-273 (1970).
Die Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen einer erfolgten Umwandlung sind in den Einzelstaaten verschieden und z.T. geringer, siehe Audio Fidelity Inc. v. High Fidelity Corp., 283 F 2nd 554, 558, 9th Circ. 1960: bereits die Nachahmung des Konkurrenzprodukts genügt.
925. siehe zu diesen auch im Zivilrecht geltenden Grundsätzen Callmann, Unfair Competition and Monopolies, § 77.4, pp. 362-366 (3rd ed. 1969)

Die FTC hat in der Entscheidung FTC v. New River Mining Co. ähnliche Grundsätze aufgestellt. 926. Die Folge des Erwerbs der Schutzzfähigkeit für an sich schutzunfähige geographische Bezeichnungen als Individualbezeichnungen einzelner Unternehmen ist, daß deren Verwendung durch auch ortsansässige, andere Hersteller als "passing-off" verboten wird 927.:

" in French Republic v. Saratoga Spring Co., 191 US 427, the court said: true, the name is geographical, but geographical names often acquire a secondary meaning indicative not only of the place of manufacture or production, but of the name of the manufacturer or producer ... which enables the owner to assert an exclusive right to such name as against every one not doing business within the same geographical limits and even against them, if the name be used fraudulently for the purpose of palming off the products of one person as those of another " 928.

Unter den genannten Voraussetzungen kann sich für eine Gruppe von ortsansässigen Unternehmen auch ein Abwehrrecht aufgrund eines kollektiven good will bilden:

" coal producers of the new river field have for many years past spent large sums of money in advertising such high products of their mines as New River coal. The result has been that wholesale and retail dealers ... and the public have associated the words "New River" with coal ... produced in the New River field. The words "New River" have, therefore, acquired a value in the coal business, and the use of the words "New River" is of unquestioned advantage in that business ..." 929.

926. 79 F 2nd 457, 4th Circ. 1935

927. Consolidated Pinnacle Coal Co., 30 FTC 921, 932, 1940

928. siehe FTC v. Walker's New River Mining Co., Anm. 926, p.460

929. siehe FTC v. Walker's New River Mining Co., Anm. 926, p.459

Neben ihrer jüngsten Bedeutung als betriebliche, individuelle Herkunftsangaben behalten die ursprünglich geographischen Herkunftsangaben ihre Funktion als Hinweis auf eben diese geographische Herkunft.

Die seit dem Jahr 1970 bestehende Waltham Watch Co. in Waltham, Massachusetts, deren Uhren in ganz Amerika ihrer Qualität wegen berühmt waren, beendete ihre Geschäftstätigkeit im Jahre 1956. Nach mehreren Fusionen und Firmenneugründungen nahm die Nachfolgerfirma in New York den Einkauf von Schweizer Uhrengehäusen und Uhrwerken auf, wobei sie für die zusammengesetzten Uhren weiterhin mit der Bezeichnung "Waltham" warb. Obgleich die Firma ihren Sitz später wieder in Waltham nahm, forderte die FTC Zusätze über die ausländische Herkunft der Ware: das beklagte Unternehmen hatte mit der Einwendung, der Name "Waltham" habe eine Zweitbedeutung, unabhängig von der geographischen Herkunft des Artikels, als Hinweis nur auf das bestimmte Unternehmen erlangt, keinen Erfolg 930.

Auch im Fall Heusner Co. v. FTC 931. wurde erwogen,

-
930. Waltham Precision Instrument Co. v. FTC, VII S. & C. 944, 848, 7th Circ. 1964; Waltham Precision Instrument Co., Inc., 61 FTC, 1027, 1048-1049, 1962; Waltham Watch Co., 60 FTC 1692, 1722-1724, 1962
931. 106 F 2nd 596, 3rd Circ. 1939

die Bezeichnung " Havana Blunts " für vollständig aus inländischem Tabak hergestellte Zigarren zuzulassen, weil sich aufgrund des jahrelangen Mißbrauchs der Bezeichnung durch den Hersteller eine Art von Zweitbedeutung im Hinblick auf die Herkunft aus dessen Unternehmen ergeben hatte. Zwar wurde vom Berufungsgericht der Erwerb der Schutzfähigkeit als individuelle Herkunftsangabe bejaht, ein möglicher Schluß auf die geographische Erstbedeutung jedoch für gegeben erachtet und die Bezeichnung aus diesem Grund verboten 932.

b. Die Abgrenzung zu nicht als Herkunftsangaben schutzfähigen Bezeichnungen

aa. Phantasiebezeichnungen

In Anbetracht der äußerst weiten Auslegung, insbesondere der irreführenden mittelbaren Herkunftsangaben, als Herkunftstäuschung, ergibt sich bei der Abgrenzung zu den keine Herkunftsvorstellungen auslösenden und deshalb in diesem Rahmen nicht schutzfähigen Phantasiebezeichnungen keine besondere Problematik.

Reine Phantasiebezeichnungen, die an sich keinen konkreten geographischen Hinweis mehr erhalten, dem Verbraucher jedoch nicht als solche erkenntlich sind und von ihm mit einer Herkunftsvorstellung verbunden werden, werden als Herkunftsangabe behandelt, z.B. " Sitka Kurl " oder " Ombu Karabaa " für Pelze 933. oder " Mirastan " oder " Gulistan " für Teppiche 934. Die Verwendung phantasievoller, individueller Warenbezeichnungen

932. siehe Anm. 931., pp. 597-598; siehe auch S. 153

933. A. & M. Karagheusian, 36 FTC 446, 456, 1943

934. Philip Shlansky & Bros., 42 FTC 413, 419, 1946

ist weitgehend ausgeschlossen, wenn diese nur einen Bezug auf einen bestimmten Herkunftsort haben können. In der Entscheidung Edward P. Paul Co. wurde die Bezeichnung " Dubarry " für Porzellangeschirr untersagt 935., wobei jedoch in einem dissent vertretbar festgestellt wurde, daß die Bezeichnung " Dubarry " heute nicht mehr ausschließlich den Ländern England oder Frankreich zugeordnet werden könne, sondern eine übernationale Bedeutung erlangt habe. Im Ergebnis verlieren geographische Angaben ihre Herkunftsgebundenheit nicht schon durch Verselbständigung über einen längeren Zeitraum hin.

bb. Willkürlich gewählte geographische Bezeichnungen

Auch wenn die fehlenden Beziehungen einer geographischen Angabe zum tatsächlichen Herkunftsort der Ware dem Großteil des Publikums voraussichtlich erkenntlich sein wird, besteht die Gefahr eines Verbots. Die FTC hat die Warenbezeichnung " Hollywood " für Kosmetikartikel untersagt, obwohl hiermit wohl eher ein Hinweis auf den Erfolg des Gebrauchs der Artikel verbunden werden sollte 936.

-
935. Edward P. Paul Co. Inc., 43 FTC 226, 231, 1946;
Edward P. Paul Co. Inc. v. FTC 169 F 2nd 294, 297,
D.C. Circ. 1947, dissent des Richters Clark.
936. Howe & Co., 41 FTC 371, 372, 1942, aff' Howe v. FTC
148, F 2nd 561, 562, 5th Circ. 1945

Die Täuschungsgefahr entfällt auch dann nicht, wenn die gewählte Bezeichnung sich überhaupt nicht auf eine bestimmte Region bezieht oder keine konkreten Herkunftsvorstellungen auslöst, wie z.B. " Primce Obolenski " für ein Parfum 937. Entscheidend ist, daß überhaupt ein Eindruck ausländischer Herkunft entstehen kann.

Zur Beantwortung der Frage, ob im Einzelfall die Art der Ware die Täuschungsgefahr hinsichtlich einer irreführenden Herkunftsangabe verringern oder ausschließen kann, finden sich in der Spruchpraxis der FTC keine weiteren Anhaltspunkte, weil Werbung dieser Art grundsätzlich nur dann verfolgt wird, wenn für die mit der Herkunftsangabe gekennzeichnete Waren-gattung eine allgemeine Wertschätzung eben wegen dieser Herkunft bestand 938. Dies ist eine wichtige Einschränkung des Schutzes.

cc. Die Umwandlung von Herkunftsangaben in Gattungsbezeichnungen

Die Möglichkeit einer solchen Umwandlung ist auch in der Spruchpraxis der FTC anerkannt. Manche ursprünglich auf eine bestimmte geographische Herkunft hinweisende Bezeichnungen haben diese Bedeutung eindeutig verloren und sind nur noch für eine bestimmte Zusammensetzung und

937. § 17.328, The Louangel Corp., Dkt. C - 992, 9/16/65
938. siehe insbes. S. 308 ff

Herstellungsart der Ware verbindlich, wie z.B. die Angaben " Danish pastry " 939., " Worchester sauce " 940. oder " Tyroler Loden " 941.

Die Einwendung der Umwandlung einer ursprünglichen Herkunftsangabe, die noch nicht jeden Hinweisscharakter auf den Herkunftsort verloren hat in eine Gattungsangabe, hat die FTC nur bei Nachweis der Voraussetzungen des Vorliegens einer Zweitbedeutung für die Gattungsangabe (" secondary meaning ") zugelassen 942. Hierbei werden die Anforderungen an den notwendigen Grad der Verkehrsgeltung der zeitlich nachfolgenden Zweitbedeutung dahin bestimmt, daß deren Anerkennung und Bekanntheit bei einem nur wesentlichen Teil des Publikums genügt.

Die ursprünglich für aus Weizenstroh gefertigte Hüte aus Italien verwandte Bezeichnung " Milan " wurde als Gattungsangabe für aus Manila hergestellte Hanf-Hüte besonderer Flechtart in der Entscheidung Korber Hats Inc. 943. zugelassen. Verboten wurde die Bezeichnung " shetland " für Wolle, die nicht von Schafen der Shetlandinseln

939. Giroux Co. Inc., 35 FTC 420, 427, 1942

940. beiläufig in Heinz W. Kirchner, § 16.664, Dkt. 8538, 11/7/68

941. Burn, Pollak & Beer, 28 FTC 1169, 1171, 1939

942. siehe dazu ausführlicher S. 152 ff

943. v. FTC, VII S. & C. 611, 616, 1st Circ. 1962, Zurückverweisung zur Überprüfung eines möglichen Zusatzes auf das Totalverbot in der Entscheidung 60 FTC 642, 646-647, 1962 hin.

stammte, weil die von der Beklagten vorgebrachte Zweitbedeutung als bestimmte Verarbeitungsmethode noch nicht den erforderlichen Grad der Verkehrsdurchsetzung erlangt hatte 944. Im Fall der zulässigen Benutzung einer in eine Gattungsangabe umgewandelten Herkunftsangabe sind Zusätze anzubringen, die eine Täuschungsgefahr aufgrund der Bedeutung als Herkunftsangabe vermindern, so z.B. im zitierten Fall Korber Hats Inc. " hemp Milan " oder " Milan weave " 945. Zu Gattungsangaben umgewandelte Herkunftsangaben können jedoch durch relokalisierende Zusätze ihre ursprüngliche geographische Bedeutung wieder erlangen. Wird der Bezeichnung Worchestersauce " Pride of England " hinzugefügt 946., werden wieder Herkunftsvorstellungen ausgelöst.

c. Besondere Schutzvoraussetzungen der Herkunftsangaben

Das Problem der Abhängigkeit der Schutzzfähigkeit von Herkunftsangaben von dem Vorhandensein besonderer, mit der Herkunftsangabe verbundener Qualitätsvorstellungen hat die FTC an Hand weniger Grundregeln gelöst.

944. Old Colony Knitting Mills, 34 FTC 577, 583, 1942

945. § 16.951 Korber Hats Inc., Dkt. 8190, 6/12/64, Zulassung mit Zusatz, nachdem auf die Zurückweisung hin noch einmal ein Verbot ausgesprochen wurde, siehe § 16.683, Dkt. 8190, 11/20/63

946. Giroux Co. Inc., 35 FTC 420, 427, 1942

aa. Besondere Qualitätsvorstellungen als Schutz-
voraussetzung inländischer Herkunftsangaben
für inländische Waren

Die Möglichkeiten des in der Entscheidung FTC v. Royal Milling Co. 947. ausgesprochenen Prinzips der Maßgeblichkeit der möglichen Beeinflussung des Kaufentschlusses durch Angaben über den Ursprung einer Ware hätten der FTC ein weites Feld eröffnet, innerhalb dessen täuschende inländische Herkunftsangaben hätten verboten werden können:

" where there exists a substantial danger that purchasers are deceived into purchasing an article which they do not wish or intend to buy, or which they might or might not buy if informed correctly to its origin, the purchasing public is entitled to be protected against this type of deception "

948.

Im Gegensatz dazu hat die FTC in den wenigen Fällen, in denen sie täuschende inländische Herkunftsangaben für inländische Waren überhaupt verfolgte, dies nur unter der Voraussetzung getan 949., daß besondere, mit der Ortsangabe oder mittelbaren Herkunftsangabe verbundene Gütevorstellungen beim

947. 288 US 212, 1932

948. siehe Anm. 934., no. 217

949. Lediglich in der Entscheidung Theophilus Craig, 36 FTC 90, 92, 95, 97, 1943, wurde allein aufgrund der Herkunftstäuschung die Bezeichnung "Barre, Vermont" bzw. "Quincy, Massachusetts" für Grabsteine aus Granit, die nicht aus den genannten Gegenden stammten, verboten.

Publikum feststellbar waren. Besondere Qualität aufgrund einer besonderen Bodenbeschaffenheit oder einer anerkannten Herstellungsmethode stellt den Inhalt dieser Gütevorstellungen (" reputation ") 950. dar, die bei einem wesentlichen Teil des Publikums vorliegen müssen (" generally known " " familiarity ") 951. Der erforderliche Bekanntheitsgrad kann sich bereits aus der Feststellung ergeben, daß intensive Werbetätigkeit im Gang war und ist 952.

Dem auf besonderen Gütevorstellungen beruhenden Bekanntheitsgrad entspricht in der Regel eine lebhafte Nachfrage (" demand ") 953.

Als subjektive Voraussetzung des Verbots kehrt in den Entscheidungen ständig das Erfordernis

950. Grand Rapids Furniture Co., 35 FTC 152, 157, 158, 1942; Consolidated Pinnacle Coal Co., 30 FTC 920, 922, 1940; Indian River Fruit & Vegetable Distributors Corp., 38 FTC 597-598, 1942

951. Grand Rapids Furniture Co., Anm. 950.; Mac Dougal Bros., 38 FTC 248, 251, 1944; Consolidated Pinnacle Coal Co., Anm. 950.: "widely known"

952. Mac Dougal Bros., siehe Anm. 951.

953. Grand Rapids Furniture Co., siehe Anm. 950.; Rockford Furniture Factories, 33 FTC 971, 975-976, 1941.

Keine Berücksichtigung fand das Kriterium der lebhaften Nachfrage in der Entscheidung Mac Dougal Bros., siehe Anm. 951.

Allein auf die Nachfrage neben vorhandenen Gütevorstellungen wurde die Unterlassungsverfügung in der Entscheidung Indian River Fruit & Vegetable Distributors Corp., siehe Anm. 950. gestützt.

der Bevorzugung ("preference") der Ware aufgrund der bestimmten Gütevorstellungen durch einen wesentlichen Teil des Publikums wieder 954.

Die bei besonderer Verkehrsgeltung neben der geographischen Angabe mögliche Bedeutung auch als betriebliche Herkunftsangabe 955. scheiterte oft daran, daß nicht bestimmte Hersteller bzw. Herstellergruppen, sondern Hersteller-genossen-schaften, die auch Zwischenhändler zu ihren Mitgliedern zählten, die Werbung durchführten 596.

bb. Besondere Schutzvoraussetzungen inländischer Herkunftsbezeichnungen für ausländische Produkte

Hier bedarf es keiner besonderen Feststellung über die bestimmten Gütevorstellungen für das inländische Produkt, damit die Herkunftstäuschung verfolgt wird.

Im Bereich der Täuschung über die Herkunft der Ware durch Schweigen hat die FTC den Grundsatz, der gleichermaßen auch bei positiven Behauptungen gilt, aufgestellt, daß der Verbraucher generell inländische Produkte gegenüber dem Import vorzieht. Diese Fiktion basiert auf der generellen Annahme, daß die einheimischen Produkte besser

954. Mac Dougal Bros., siehe Anm. 951.; Grand Rapids Furniture Co., siehe Anm. 950.; Consolidated Pinnacle Coal Co., 30 FTC 920, 923, 1940

955. siehe S. 300 - 301

956. Slagter Oil & Grease Co., 39 FTC 246, 252, 1944, "Mr. Penn" "Bonded Penn"; Associated Motor Oils Inc., 34 FTC 932, 936, 945, 1942, "Three Star Penn Motor Oil"

seien und potentielle Käufer vorrangig die amerikanische Wirtschaft unterstützen wollten 957.

Die nicht leichte Entscheidung, ob nicht die Möglichkeit des wesentlich billigeren Imports von den inländischen gleichartigen und gleichwertigen Waren die Präferenz für einheimische Produkte ausschließt, wurde nach anfänglichem Schwanken 958. dahin getroffen 959., daß der amerikanische Verbraucher, trotz eines auch wesentlich höheren Preises, dem Kauf von US-Produkten den Vorzug gibt: der Preis führt nicht zu einseitiger Bevorzugung unter Außerachtlassung anderer Faktoren 960. Dem Grundsatz der Bevorzugung von Produkten amerikanischer Herstellung kommt in prozessualer Hinsicht eine Wirkung zu, wie sie im deutschen Recht in der gerichtskundigen Tatsache, hier allerdings übertragen auf den Behördenbereich, eine Parallele findet. Die FTC hat die Richtigkeit der Tatsache der generellen Bevorzugung einheimischer Waren nicht mehr unter Beweis zu stellen; sie ist angesichts der Häufigkeit der diesbezüglichen Tatsachenfeststellungen in Entschei-

-
957. Segal Optical Co. v. FTC, 142 F 2nd 255-256, 2nd Circ. 1944; Manco Watch Strap Co., 60 FTC 495, 501, 1962
958. Manco Watch Strap Co., 50 FTC 553-554, 1953, Zurückverweisung, weil keine tatsächliche Bevorzugung von teureren, inländischen Uhrenarmbändern ersichtlich.
959. Manco Watch Strap Co., 60 FTC 495, 597, 1962
960. Oxwall Tool Ltd., 59 FTC 1408, 1416-1417, 1961

dungsgründen als bereits bewiesen anzusehen
(" official notice ") 961.

Dem beklagten Unternehmen steht hinsichtlich einer möglichen Ausnahme von der genannten Regel der Gegenbeweis 962. offen, der jedoch bisher immer mißlungen ist 963., weil der Nachweis gefordert wird, daß der Verbraucher gerade das ausländische Produkt vorzieht, und deshalb als Beweis antritt der beklagten Unternehmen praktisch nur Verbraucherumfragen mit ihren schwankenden Ergebnissen in Frage kommen.

Vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses her gesehen, führt die Verwendung inländischer Herkunftsbezeichnungen für ausländische Waren dann nicht zur Verfolgung, wenn das Produkt in den USA überhaupt nicht hergestellt wird, da dann ein Schutz einheimischer Hersteller überflüssig wird 964.

cc. Besondere Schutzvoraussetzungen ausländischer Herkunftsbezeichnungen für inländische Produkte

961. sect. 7 (d) Administrative Procedure Act, 5 U.S.C.

§ 1006 (d) 1964, siehe auch S. 179 - 180

962. Brite Mfg. Co. v. FTC, 347 F 2nd 477, 478, D.C. Circ. 1965

963. Oxwall Tool Co. Ltd., 59 FTC 1408, 1417, 1961, Zeugnis von Ladenketten, daß Verbraucher importierte mechanische Werkgeräte für den Hausgebrauch bevorzugten, zurückgewiesen, da Einzelhandelsgeschäfte mehr Kontakt zu Verbrauchern haben.

964. L. Heller & Son, 47 FTC 34, 47-48, 1950; aff. L. Heller & Son v. FTC, V S. & C. 327, 328, 7th Cir. 1951

Wegen des Grundsatzes der generellen Bevorzugung inländischer vor ausländischen Waren greift die FTC nur dann ein, wenn eine tatsächliche Bevorzugung (" preference ") 965. für die aus dem Ausland stammenden Waren festgestellt werden kann, die auf Qualität, besonderen Herstellungsverfahren oder Verarbeitungsmethoden beruht. Die besonderen Gütevorstellungen brauchen sich hier nur in einer feststellbaren Bevorzugung niederschlagen. Die Tatsache der Bevorzugung von Importartikeln vor inländischen Waren kann von der FTC wiederum im Wege der " official notice " festgestellt werden 966. In der Praxis haben sich ganz bestimmte bevorzugte Kategorien von Importartikeln herausgebildet, so z.B. französisches Parfum, Bekleidung aus England, Teppiche aus Asien und China, mechanische Geräte aus Deutschland, Tabak aus Cuba, moderne Möbel aus Dänemark, Wollartikel, Leinen aus Irland und Uhren aus der Schweiz.

- dd. Besondere Schutzvoraussetzungen ausländischer Herkunftsbezeichnungen für ausländische Produkte
Ist der Import mit einer falschen Herkunftsangabe gekennzeichnet, so wird mit der Erhebung einer Klage nur zu rechnen sein, wenn das Publikum

-
965. Al Rosenfeld, 40 FTC 455, 459, 1945, "Worth", "Vigny"; Casa Blanca Cigar Co., 29 FTC 490, 498-499, 1939, "Havana"; New York Handkerchief Mfg. Co., 35 FTC 721, 726, 1942, "Erin"
966. § 17.326 Cosmetic Mfg. Co. and Sanford Barth, Dkt. C - 987, 9/22/65, für französisches Parfum

hinsichtlich des falsch angegebenen ausländischen Ursprungslandes die unter cc. genannten besonderen Gütevorstellungen hat. Dementsprechend wurde "Dresden Art" für in Westdeutschland hergestelltes Porzellan 967., "Du Barry" für in Japan hergestelltes Porzellan 968. verboten. Im Verhältnis zwischen Waren aus kommunistischen Ländern und kapitalistischen Ländern gilt auch der Grundsatz, daß Waren aus den kapitalistischen Ländern bevorzugt werden 969.

d. Die Täuschung über die Herkunft einer Ware durch Schweigen

aa. Grundsätze der Behandlung des Schweigens als Herkunftstäuschung

Diese Art der Herkunftstäuschung hat Bedeutung nur dann, wenn bei einer ausländischen Ware, für die keine besondere Präferenz besteht, keine Aufklärung über die ausländische Herkunft erfolgt und der Verbraucher deshalb glaubt, es handle sich um ein inländisches Produkt, oder wenn ein erheblicher Anteil der Warenbestandteile aus dem

967. Western European Import Co., 59 FTC 504, 506, 1961

968. Edward P. Paul Co., Inc. 43 FTC 226, 231, 1966

969. Standard Camera Corp., 63 FTC 1238, 1241, 1267, 1963;
"Germany USSR occupied";

Klageabweisung erfolgte nur deshalb, weil der Vorwurf der Gesetzesverletzung in der Klage noch nicht erhoben war;

FTC Statement of Policy, 10/23/61: "National China" and "Communist China"

Ausland stammt oder der Herstellungsprozeß in wesentlichen Stufen im Ausland vollendet wird.

Seit der Entscheidung Segal Optical Co. v. FTC 970. sieht die FTC in ständiger Spruchpraxis in solch mangelnder Aufklärung eine Herkunftstäuschung. Die behördliche Verfolgung solcher Gesetzesverstöße ist allerdings durch Richtlinien aus dem Jahr 1964 971. dahingehend eingeschränkt worden, daß, wenn keine Angabe über ein bestimmtes Ursprungsland gemacht wird, gegen fehlende Aufklärung hierüber nicht vorgegangen wird, wenn kein erhebliches öffentliches Interesse hinsichtlich einer Herkunftsangabe vorliegt oder wenn die importierten Warenbestandteile für das Gesamtprodukt nicht bestimmend und wesentlich sind und durch inländische Bestandteile leicht ersetzt werden können 972.

bb. Herkunftstäuschung durch Einbau importierter Bestandteile

Sie tritt nach den obigen Ausführungen dann ein, wenn diese im Hinblick auf das gesamte Produkt wesentlich und bestimmend sind. Eine Definition letzterer Voraussetzungen ist der Entscheidung Segal Optical Co. v. FTC zu entnehmen:

" which is the only element of importance and

970. 142 F 2nd 255, 266, 2nd Circ. 1944

971. FTC Administrative Bulletin 64 - 10 (1964)

972. Abgrenzungsschwierigkeiten meldete der D.C. Circuit schon in der Entscheidung W.M.R. Watchcase Corp. v. FTC VII S. & C. 1098-1099, 1965 an, Uhr - Uhrengehäuse.

which does not loose its identity either in appearance or function " 973.

Wesentliche Bestandteile einer Brille sind z.B. in Japan hergestellte Brillengläser, nicht bestimmend die in USA gefertigten Gestelle 974., ebenso importierte Imitationsperlen für eine Halskette, deren Zusammensetzung in USA erfolgt 975., oder die Klinge einer Saumauftrennvorrichtung, wenn nur der Plastikgriff und die Scheide aus USA stammen 976.

Abgesehen von der überwiegenden Bestimmung des Gesamtprodukts durch den Bestandteil kommt es auch auf die Wertrelation zwischen den einzelnen Bestandteilen an. Ist der wertvollere Bestandteil, dessentwegen das Produkt begehrt ist, importiert, muß eine Aufklärung darüber erfolgen 977.

973. siehe Anm. 970., p. 256

974. siehe die Entscheidung Segal Optical Co., Anm. 970.

975. Heller & Son Inc. v. FTC V S. & C. 327, 330, 7th Circ.1951

976. § 19.317 Herman Ament, Export, Import, advisory opinion, File No. 703 7111. 8/21/70

977. beiläufig in Swiss Watchcase Co., 56 FTC 87, 90, 1959; Delaware Watch Co. v. FTC, VII S. & C. 915, 916, 2nd Circ. 1964.

Die Produktionskosten für die importierten Bestandteile dürfen das Wertverhältnis von ca. 45 % nicht übersteigen, § 19.232 Longlife Fish Products, advisory opinion, File No. 703 7086, 5/4/70, Aquariumzubehör, Luftfilter und Klammern mit 9 - 15 % Produktionskostenanteil aus Japan; § 19.341 NTN Bearing Corp. of America, advisory opinion, File No. 713 7001, 8/14/70, Kugellagerteil aus Japan mit 22,5 % Produktionskostenanteil; § 18.596 Advisory Opinion Digest No. 311, 11/27/68, synthetisches Obermaterial für Schuhe mit 40 % Anteil; § 18.964 Advisory Opinion Digest No. 381, 10/29/69, Zündkerzenteile mit 45 %-Anteil. Ob die Menge der importierten Bestandteile 45 % übersteigen darf, ist fraglich, § 16.752 Motorola Co., Dkt. 8473, 1/6/64, ausgesetzt wegen industriewweiter Regelung

Wesentliche Bestandteile sind auch solche, die, ohne die vorgenannten Voraussetzungen zu erfüllen, zur Beurteilung des Gesamterscheinungsbildes oder der Qualität maßgeblich beitragen 978. Das Vorhandensein mehrerer, nicht wesentlicher Bestandteile aus verschiedenen Ländern, die vom Produktionskostenanteil her gesehen überwiegen, muß ebenfalls offengelegt werden 979.

cc. Herkunftstäuschung bei Produkten mit Herstellungsstufen im Ausland

Hier kommt es darauf an, ob die im Ausland vorgenommene Herstellungsstufe als wesentlich bezeichnet werden kann. Das ist sicher nicht der Fall, wenn nur die Plastikflaschen für Essig aus dem Ausland stammen 980. oder Tinte nur in Flaschen abgefüllt wird 981.

Wird das Produkt überwiegend im Ausland gefertigt, ist das Unterlassen eines Hinweises täuschend 982., auch wenn die Fertigung auf amerikanischen Maschi-

978. Delaware Watch Co. v. FTC, siehe Anm. 977., p. 916

979. siehe hierzu S. 324, die Schwierigkeiten liegen hier in den möglichen Zusätzen

980. § 18.982 Advisory Opinion Digest No. 368, 9/10/69

981. § 18.333 Advisory Opinion Digest No. 242, 5/7/68

982. § 18.273 Advisory Opinion Digest No. 206, 4/4/68, Bekleidung: Stoff, Zuschnitt und Zutaten in USA, Nähvorgang im Ausland, Bügeln und Verpackung in den USA; Baldwin Bracelet Corp. v. FTC, VII S. & C. 832, 833, D.C. Circ. 1963: Metall für elastische Uhrenarmbänder aus den USA, Produktion der einzelnen Gliederteile in Hongkong, Zusammensetzung und Aufpolieren auf den Virgin Islands und anschließender Import nach USA

nen und nach amerikanischen Mustern erfolgt 983.

Die überwiegende Fertigung im Ausland ist dann nicht entscheidend, wenn dem inländischen Rohstoff die besondere Wertschätzung zukommt 984.

e. Die Herkunftstäuschung ausschließende Zusätze

Die Frage, ob die Herkunftstäuschung durch aufklärende Zusätze ausgeschlossen werden kann, beantwortet sich verschieden, je nachdem ob es sich um Täuschung durch Schweigen oder um positive unmittelbare oder mittelbare Herkunftangaben handelt.

aa. Zusätze bei Täuschung durch unmittelbare oder mittelbare Herkunftangaben

Im Ergebnis werden an entlokalisierende Zusätze bzw. aufklärende Zusätze strenge Voraussetzungen gestellt.

Zusätze, die darauf hinweisen, daß die Ware ein Imitat eines höherwertigen Artikels ist, genügen zum Ausschluß einer Herkunftstäuschung ganz durchgehend nicht, so z.B. nicht "made in German style, F.u.F.Co. " 985., "saxony style" 986., "Holland style" 987. oder "Dresden design" 988. Auch die

983. § 18.341 Advisory Opinion Digest No. 244, 5/18/68, ärztliche Geräte

984. § 19.705 Brite Industries, Dkt. 8325, 7/15/71, inländisches Leder und Schnallen für Uhrenarmbänder, Zusammenhängen der vorgefertigten Teile und Anbringen der Schnallen im Ausland, Schließen und Verpackung in USA

985. Stip. 917, 918

986. Stip. 3712, 3713, für Wollartikel

987. Stip. 2579, für Gebäck

988. Western European Import Co., 59 FTC 504, 506, 1961

Wendungen " type " 989., " copy " 990. und " reproduction " 991. können täuschende Angaben in diesem Rahmen nicht qualifizieren. Dies gilt auch bei Verwendung zusammen mit nur mittelbaren Herkunftsangaben 992.

Das Bestehen einer Täuschungsgefahr ist manchmal schon mehr als fraglich, so z.B. bei der Werbung " Suez - the all rayon oriental reproduction " , " Bagdad, extra heavy cotton reproduction " 993.

Zusätze bei unmittelbaren Herkunftsangaben sind dann nicht zugelassen worden, wenn das Produkt im angegebenen Land weder hergestellt war noch sonst daraus stammte, so z.B. " English honeysuckle " , " English carnation " für nicht aus England stammende Seifen 994., " Wagner's English club soda " 995., " Danish modern " 996. und " contains 100 % pure bristle " 997. für ausschließlich inländische Produkte.

Ausnahmen existieren jedoch auch hier. " Canadian Ace brand ale " für ausschließlich in Chicago ge-
brautes Bier aus US-Rohstoffen, mit dem Zusatz

-
989. Sunfast Textiles Inc., 58 FTC 285, 296, 299, 1961, "Indian type Madras"
990. Bigelow Sanford Carpet Co., 34 FTC 1252, 1257, 1942
991. Mastercraft Guild Weavers, 34 FTC 698, 703, 1942
992. A. & M. Karagheusian Inc., 36 FTC 446, 456, 1943
993. siehe Anm. 991., p. 703
994. John J. Tracey Co., 32 FTC 1238, 1242, 1941
995. W.T. Wagner's Son Corp., 30 FTC 533, 539, 1940
996. § 17.051 ADF Warehouse Inc., Dkt. 8645, 8/28/64
997. The Prager Co., 63 FTC 2057, 2061, 1963

" made in USA " 998., wurde nicht beanstandet. Verboten wurde dagegen, und zwar weil der Zusatz nicht ersichtlich genug war, " New Bedford " für ausländische Teppiche 999.

Aus positiven Herkunftsangaben, wie z.B. bei " made in USA " 1000. oder " France " 1001., schließt das Publikum, daß der gesamte Artikel im angegebenen Land hergestellt ist oder nur aus Rohstoffen des angegebenen Ursprungslandes besteht.

Stammen die Rohstoffe aus verschiedenen Ländern oder sind die Herstellungsstufen in verschiedenen Ländern vollendet, so sind unter bestimmten Voraussetzungen aufklärende Zusätze erlaubt, deren Kennzeichen es ist, daß sie genaueste Spezifizierungen verlangen.

Bezieht sich die Wertschätzung für das Produkt auf die verwandten Rohstoffe, muß der Rohstoff, dessentwegen das Produkt begehrt ist, zumindest überwiegen, so z.B. cubanischer Tabak in Zigarren mit der Bezeichnung " Havana Blunts "

-
998. Manhattan Brewing Co., 42 FTC 226, 235, 1946; der hearing examiner hatte zunächst ein Totalverbot verhängt, p. 232. In der gleichen Entscheidung wurde " Pride of Wisconsin " für ein in Chicago gebrautes Bier verboten, p. 235
999. Stephen Rug Mills, 34 FTC 958, 961, 966, 1942, New Bedford war ein bekanntes Textilzentrum in Massachusetts, die Teppiche hatten Anhänger mit der Aufschrift "made in Italy" oder "made in Belgium"
1000. § 19.705 Brite Industries, Dkt. 8325, 7/15/71
1001. Normandie & Co., 33 FTC 1442, 1447-1448, 1941

oder " Clear Havana " 1002., oder bei Öl, das als " Mr. Penn " oder " Bonded Penn " 1003. vertrieben wird, die Ölanteile aus den bekannten Ölfeldern Pennsylvanias. Manchmal genügt es jedoch auch, wenn der wertvollere Rohstoff in nicht unerheblichen Mengen vorhanden ist 1004.

Die Beurteilung der Möglichkeit der Zufügung von Zusätzen bei mittelbaren Herkunftsangaben ist schwankend gewesen, weil die Entscheidung hierüber maßgeblich von der Art des Zusatzes und der dann noch bestehenden Täuschungsgefahr abhängt, wenn die Ware in dem angegebenen Land weder hergestellt wurde, noch aus diesem stammte.

Die grundsätzliche Tendenz geht jedoch dahin, qualifizierende Zusätze zu untersagen. So mußte die Bezeichnung " Pound Sterling " für nicht aus London stammende Kleidung unterlassen werden 1005., ebenso durfte der auf das Indian River Tal hindeutende Indianerkopf nicht mehr für Zitronen verwandt werden 1006.

Im Gegensatz dazu wurde in der Entscheidung David D. Doninger ein Zusatz über die inlän-

-
1002. § 17.104 The Antonio Co., 10/19/64, "blendet with Havana"; Edwin Cigar Co., 32 FTC 1596, 1616, 1941
1003. Slagter Oil & Grease Co., 39 FTC 246, 252, 1944
1004. Associated Motor Oils Inc., 34 FTC 932, 945, 1942
1005. § 16.766 Timely Clothes, Dkt. C - 701, 1/28/64
1006. Indian River Fruit & Vegetable Distributors Inc., 38 FTC 597, 598, 601, 1941

dische Herstellung zu den Bezeichnungen " Bonnie Lamb ", " Tweedmoor " und " Lochmoor " 1007. für nicht aus England stammende Wollartikel zugelassen.

Auch in den schon erwähnten Teppichfällen prüfte die FTC für die mittelbaren Herkunftsangaben " Gulistan ", " Mirastan " 1008. und " Manchu " 1009. die ausreichende Erkenntlichkeit der angebrachten Zusätze, was den Schluß auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Qualifizierung durch Zusätze nahelegt.

Den Grundsatz hat die FTC jedoch im Fall Heavenly Creations 1010. ausgesprochen: Verbot der Bezeichnung ungeachtet der Zusätze bei positiver Herkunftstäuschung. Ein Importeur japanischer Leinentischdecken hatte diese als " Bride O-Erin Imported Table Damask Cover " bezeichnet und in weiß-grünen Packungen mit dem Kleeblatt, einem Nationalzeichen der Irländer, vertrieben. Die Packung war zusätzlich mit " made in Japan " gekennzeichnet. Der hearing examiner forderte eine deutlicher sichtbare Angabe des japanischen Imports 1011., die FTC untersagte jedoch die Verwendung auch der mittelbaren Herkunftsangaben 1012.

1007. 43 FTC 432, 444, 1947

1008. A. & M. Karagheusian Inc., 36 FTC 446, 456, 1943

1009. Stephen Rug Mills, 34 FTC 958, 965, 1942

1010. 64 FTC 978, 1964

1011. siehe Anm. 1010., p. 992

1012. siehe Anm. 1010., p. 991

Hinsichtlich eines aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzten Produkts gilt, daß mit der Herkunftsangabe nur dann geworben werden kann, wenn die Bestandteile genau spezifiziert werden und der Produktionskostenanteil für Bestandteile, die nicht aus dem angegebenen Ursprungsland stammen, die 45 %-Grenze nicht übersteigt 1013.

bb. Zusätze bei der Herkunftstäuschung durch Schweigen

Im Gegensatz zur Herkunftstäuschung durch positive Angaben tritt hier eine Herkunftstäuschung nur in den Fällen ein, in denen das ganze Produkt aus dem Ausland stammt, der Verbraucher aber glaubt, es sei insgesamt ein US-Produkt. Ebenso wenn wesentliche und bestimmende Bestandteile oder Bestandteile mit einem Produktionskostenanteil über 45 % nicht im angegebenen Ursprungsland hergestellt sind oder der für die Wertschätzung entscheidende Herstellungsvorgang überwiegend nicht im angegebenen Ursprungsland stattfindet.

Auch nur dann sind Zusätze erforderlich.

Schwierigkeiten der Spezifizierung von Zusätzen ergeben sich bei importierten Einzelteilen aus mehreren Ländern, die auch jeweils zusammengefaßt keine wesentlichen Bestandteile des Gesamtprodukts darstellen, und sich auch keine überwiegenden Produktionskostenanteile der jeweiligen Importbestandteile mehr feststellen lassen. Be-

finden sich in einer Packung drei Bestandteile aus USA, acht aus verschiedenen Ländern des Auslands, so kann angegeben werden " some of the enclosed items are made in W, X, Y and Z " oder " domestic and foreign items enclosed " 1014.

Bestehen die Bestandteile eines Lastwagens zu 40 % aus bulgarischem Import, 30 % aus amerikanischen Teilen, 30 % aus deutschen, französischen, englischen, dänischen und japanischen Importen, genügt nicht " assembled in USA "

1015. Kommt es bezüglich der Wertschätzung auf den Rohstoff an, darf die Herstellung in einem anderen als dem angegebenen Ursprungsland erfolgen, wenn ein korrekter Zusatz beigefügt wird. " Fully prepared in Cuba " als Hinweis auf die Verwendung cubanischen Tabaks für im Inland hergestellte Zigarren drückte diese Beschränkung nicht klar genug aus 1016.

Beruhet die Präferenz für das Produkt auf einer industriellen oder manuellen Fertigung, eventuell neben einer Präferenz auch für den Rohstoff, muß grundsätzlich der gesamte Herstellungsvorgang im angegebenen Ursprungsland erfolgt sein. Auch wenn im Grunde die Gewähr be-

1014. § 18.491 Advisory Opinion Digest No. 283, 8/31/68;,
Vorschlag Commissioner Elmans "domestic and foreign
items enclosed"

1015. § 18.825 Advisory Opinion Digest No. 349, 7/2/69

1016. Preferred Havana Tobacco Co., 38 FTC 394, 408, 1944

steht, daß die Qualität des ausländischen Herstellungsverfahrens erhalten bleibt, wie z.B. beim Import von französischen Gußeisenformen für Lampen 1017., muß ein Zusatz über die Teilherstellung im Inland erfolgen. Niederlassungen ausländischer Firmen unter Leitung ausländischen Personals müssen, auch wenn nur ein Teil des Fertigungsprozesses im Inland erfolgt, die teilweise Herstellung im Inland offenlegen 1018. Dies gilt auch, wenn nur die Rohstoffe von der ausländischen Mutter- bzw. Tochtergesellschaft eingeführt werden 1019. oder lediglich nach ausländischer Formel verarbeitet wird 1020.

Auch an sich unbedeutendere, nicht entscheidende Herstellungsstufen im Inland müssen im Zusatz angegeben werden, wobei meist ein Kampf um dessen Wortlaut entbrennt. " Bottled in USA " als Zusatz für in USA mit inländischem Alkohol gemischte französische Parfumessenzen genügt nicht, ebensowenig " Concentre fabriqué avec essences de France " als Hinweis auf die Fertigstellung in USA aus importierten französischen Parfumessenzen, wenn zusätzlich andere Hinweise wie " Château Rouge District ", Lilie und Eiffelturm auf die Gesamtherstellung in Frankreich

-
1017. K.B. Hirsch Co., 57 FTC 1442, 1447, 1960
1018. Etablissements Rigaud, 29 FTC 1032, 1039, 1942, aff' Etablissements Rigaud v. FTC, 125 F 2nd 590, 591, 2nd Circ. 1942
1019. Yardley of London, 30 FTC 156, 158-159, 166, 1939
1020. La Lasine International, 14 FTC 353, 355, 1931

schließen lassen 1021.

Erwirbt eine amerikanische Firma im Lizenzwege das Recht, einen ausländischen Firmennamen zu führen, darf, auch wenn sie nach den Entwürfen des übertragenden Unternehmens arbeitet, dieser nicht für die von ihr selbst vertriebenen Produkte verwandt werden 1022.

f. Form und Placierung notwendiger Zusätze

Der Zusatz selbst darf nicht wieder durch Zweideutigkeit eine Herkunftstäuschung hervorrufen, wie z.B. " Lady Daphne, a British Doeskin, made in USA ", für ein aus dem britischen Sudan stammendes Produkt, falls eine Präferenz für britische Lederwaren besteht 1023.

Gleichbedeutend mit fehlenden Zusätzen sind derartig verdeckte, daß sie vor Kaufabschluß nicht sichtbar 1024. sind oder zu kleine Zusätze, die übersehen werden 1025.

Ob Zusätze in der Werbung, auf der Verpackung oder auf dem Produkt selbst aufgebracht werden müssen, ist im Grundsatz immer eine Frage des Einzelfalles.

-
1021. Fioret Sales Co., 30 FTC 795, 796, 1940;
§ 17.326 Cosmetics Mfg. Co., Dkt. C - 987, 9/9/65
1022. Top Form Mills Inc., 63 FTC 830, 964, 1963,
"Jaques Heim"
1023. Elite Glove Co., 25 FTC 1305, 1310, 1937
1024. Brite Mfg. Co. v. FTC, VI S. & C. 1201-1202, D.C.
Circ. 1965, Uhrenarmbänder innen mit "made in Japan"
gekennzeichnet, die Uhr war aber auf einer Pappkarte
unter einer Plastikhaut so angebracht, daß dies nicht
ersichtlich war.
1025. Standard Sewing Equipment Co., 51 FTC 1012, 1033-1038,
1955

Eine Angabe des Ursprungslandes oder die Offenlegung importierter Bestandteile oder Herstellungsphasen im Ausland braucht in der Werbung grundsätzlich noch nicht erfolgen, da der Käufer vor Kaufabschluß noch Gelegenheit bekommt, die tatsächliche Herkunft der Ware zu erkennen 1026.

Diese Möglichkeit hat er dann nicht, wenn nach Katalogen, von Versandhäusern oder nach Muster gekauft wird; deshalb muß hier schon mit dem Werbematerial die Herkunftsangabe verbunden werden 1027. Ebenso wenn der Artikel am Verkaufsort als Werbeexemplar ausgestellt ist 1028.

In der Werbung sind, wenn nicht die genannten Ausnahmen vorliegen, pauschale Wendungen wie " imported " oder " foreign origin " erlaubt.

Kennzeichnung der Ware allein

Ob die Kennzeichnung der Ware allein genügt, hängt ebenfalls von den jeweiligen Verkaufsumständen ab. Auf Ware, die dem Letztverbraucher

-
1026. Eine Ausnahme von den "first-contact-cases", siehe S. 196. Eine Ausnahme von obigem Grundsatz enthält die Entscheidung Waltham Watch Co. v. FTC VI S. & C. 705, 708, 7th Circ. 1963, weil auch eine Täuschung über die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen vorlag.
1027. § 19.550 Robinson's, advisory opinion, File No. 713 7020, 3/23/71; § 19.516 Brice Co., advisory opinion, 1/12/71; Kochton Plywood & Veneer Co. Inc., 55 FTC 870, 872, 1958, Kauf nach Mustern
1028. Duotone Co. Inc., 60 FTC 455, 458, 1962; Giant Plastics Corp., 61 FTC 179, 182, 1962; Westerman Mfg. Co., 59 FTC 1329, 1332, 1961

generell ohne Verpackung angeboten zu werden pflegt, wie z.B. Hüte 1029., Ohrenschützer 1030. oder Holzplatten 1031., muß die Kennzeichnung auf dieser selbst erfolgen. In manchen Entscheidungen wird das Verpackungsproblem überhaupt nicht angeschnitten, auch wenn aufgrund der Art der Ware an eine Verpackung zu denken gewesen wäre, wie z.B. bei Spritzen für Ärzte 1032. oder Schnitzmesser 1033.

Ist die ausreichende Erkenntlichkeit und Fixierung gesichert, genügt auch ein Anhänger 1034. Ist die Ware verpackt, ist Herkunftsangabe auf der Ware ausreichend, wenn sie trotz der Packung gut sichtbar bleibt, wie z.B. durch Zellophanfenster 1035.

Kennzeichnung nur der Packung

Die Kennzeichnung nur der Packung ist verlangt worden, wenn die Beschriftung auf der Ware so winzig ausfallen müßte, daß sie unleserlich wäre oder wenn die Funktion des Artikels beein-

-
1029. Kenmont Hat Co., 59 FTC 971, 974, 1961
1030. Mademoiselle Blouse Ltd., 57 FTC 1451, 1455, 1960
1031. Kochton Plywood & Ceneer Co. Inc., 55 FTC 870, 872, 1958
1032. Proper Mfg. Co., 53 FTC 852, 954, 1957
1033. Lifetime Cutlery Corp., 57 FTC 1265, 1272, 1962
1034. § 19.317 Herman Ament, Export-Import, File No. 703
71111, 8/12/70; L. Heller & Son, Inc. v. FTC V
S. & C. 327, 330, 7th Circ. 1951; Delaware Watch Co.,
63 FTC 491, 524, 1963
1035. Oxwall Tool Co. Ltd., 59 FTC 1408, 1416-1417, 1962

trächtigt werden würde 1036. Von Bedeutung hierbei ist auch die Frage der Wirtschaftlichkeit der Beschriftung kleiner Artikel, keine Kennzeichnung wurde für Nähnadeln 1037. oder Reißnägeln 1038. verlangt, Saphirnadeln mit dazugehörigen Bürstchen mußten im Gegensatz dazu gekennzeichnet werden 1039.

Kennzeichnung von Ware und Verpackung

Die Kennzeichnung von Ware und Verpackung ist die Regel, wenn die Ware ohne weiteres ohne Verpackung verkauft werden kann 1040. Doppelte Kennzeichnung ist stets dann verlangt worden, wenn die Herkunftsangabe durch die Verpackung verdeckt wurde 1041.

Die wahlweise Kennzeichnung von Ware oder Verpackung ist eine Ausnahme; sie wurde einmal bei Beschriftung der Packung mit " made in USA " zugelassen, weil die ausländische Herkunft der einzelnen Warenteile durch die Packung gut erkennt-

-
1036. Hoover Ball & Bearing Co., 62 FTC 1410, 1413, 1963;
§ 18.744 Advisory opinion Digest No. 340, 4/29/69,
notwendige polierte Oberfläche einer Einspritzpumpe,
die zerstört worden wäre.
1037. The Rider Co., Inc., 62 FTC 1378, 1389, 1962
1038. American Tack Co. Inc. v. FTC V S. & C. 683, 694,
2nd Circ. 1954
1039. Qualitone Industries Inc., 63 FTC 549, 554, 1963
1040. Kimberly Products Inc., 57 FTC 1464, 1469, 1960,
Drillliche;
Acme Sparkler & Speciality Co., 58 FTC 1115, 119,
1961
1041. Manco Watch Strap Co., 60 FTC 495, 507, 1962

lich war 1042. Pauschalangaben auf der Verpackung sind dann zulässig, wenn die darin enthaltenen Einzelteile selbst genau gekennzeichnet sind und die Verpackung ohne Beschädigung gelöst werden kann 1043.

Eine Konkurrenz mit Zollvorschriften kann sich bei der Kennzeichnung von Importen im Hinblick auf die Vorschriften des FTCA ergeben 1044. Die Zuständigkeit der FTC steht gleichrangig neben den Befugnissen der Zollbehörden 1045.

g. Die Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten Herkunftsangaben

aa. Begriffe

Die qualifizierte Herkunftsangabe ist dadurch gekennzeichnet, daß sie außer dem Hinweis auf die örtliche Herkunft der Ware gleichzeitig eine Angabe über deren besondere, geographisch bedingte Eigenschaften enthält. Neben der verbotenen Irreführung des Verkehrs über die Herkunft der Ware hängt die Zulässigkeit der Verwendung dieser Art der Herkunftsangaben von der Erfüllung bestimm-

-
1042. Windsor Pen Corp., 64 FTC 454, 460-461, 1964; der hearing examiner hatte übliche doppelte Kennzeichnung verlangt, p. 460
1043. Oxwall Tool Co., Ltd., 59 FTC 1408, 1416, 1961; Duotone Co. Inc., 60 FTC 453, 458, 1962, "needles of foreign origin are so designated in the individual packages"
1044. W.M.R. Watchcase Corp. v. FTC, VII S. & C. 1098, 1100, D.C. Circ. 1965
1045. § 19.516 Brice Co., advisory opinion, 3/4/71

ter Qualitätsbedingungen ab.

Im deutschen Recht wird deshalb ein erhöhter Schutz dieser Bezeichnungen gegenüber den lediglich auf die geographische Herkunft verweisenden, einfachen Herkunftsangaben erwogen. Dementsprechend sollen entlokalisierende Zusätze bei Benutzung der qualifizierten Herkunftsangabe für Waren aus anderen Ursprungsgebieten nicht zugelassen werden und deren Verwendung für Waren minderer Qualität durch ortsansässige Unternehmen unterbunden werden. Die Umwandlung der qualifizierten Herkunftsangabe in eine jedem Hersteller offenstehende Gattungsangabe soll an schwierigere Voraussetzungen gebunden werden 1046.

Die gewünschte Schutzwirkung läßt sich auch im deutschen Recht nicht allein mit der Vorschrift des § 3 UWG mit ihrem Verbot der Täuschung über die Herkunft des Produkts erzielen 1047.

bb. Perspektiven der Spruchpraxis der FTC

Die FTC hat bisher keine Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten Herkunftsangaben getroffen 1048.

-
1046. siehe hierzu Ausführung Ulmer-Reimer (Beier), Anm. 915. S. 473 - 477
1047. siehe Ulmer-Reimer (Beier), Anm. 915., S. 532-534
1048. Diesem Unterschied wird auch im Zivilrecht keine Rechnung getragen, siehe hierzu Walter J. Derenberg, Consumerism and old Fashioned Commercial Honesty, Speech Before the New York Better Business Bureau, pp. 27-28 (1973)

Neben der stiefmütterlichen Behandlung des Rechts der Herkunftsangaben kann die mangelnde Differenzierung auch davon herrühren, daß in der Praxis bereits höhere Schutzanforderungen für Herkunftsangaben gestellt werden 1049.

Die Besonderheiten der Werbung mit Herkunftsangaben, mit denen eine bestimmte Vorstellung über die Beschaffenheit und Güte der Ware verbunden wird, können bisher unter bestimmten Voraussetzungen nur mit dem Verbot der Unterschlebung von Waren erfaßt werden. Für ein Verbot der irreführenden qualifizierenden Herkunftsangaben als Täuschung über die Qualität der Ware sind zwar gewisse Anhaltspunkte vorhanden, konkrete Entscheidungen liegen jedoch noch nicht vor.

aaa. Verbot als Täuschung über die Qualität

Eine besondere Gütevorstellung auslösende Herkunftsangaben beinhalten auch nach Auffassung der FTC noch nicht die Behauptung, daß die Qualität im Einzelfall auch vorhanden ist. Entspricht die Qualität nicht den durch die Herkunftsangabe geweckten Gütevorstellungen, wird grundsätzlich nicht aufgrund eines selbständigen Verbotstatbestands der Qualitätstäuschung untersagt.

Unter der Voraussetzung, daß bei Verwendung der Herkunftsangabe eine allgemein bekannte und anerkannte Herstellungsmethode für die mit dieser gekennzeichneten Ware nicht beachtet wurde,

1049. siehe hierzu S. 308 - 315

so z.B. Teppiche nicht in der die Qualität verbürgenden Methode geknüpft waren 1050. oder die Stoffe nicht aus den bekannten Fasern in der spezifischen Webart hergestellt waren 1051., wurde in den jeweiligen Unterlassungsverfügungen der Gebrauch der Herkunftsangabe auch von der Einhaltung der speziellen Herstellungsmethode abhängig gemacht.

Insbes. in Fällen der Werbung mit irreführenden inländischen Herkunftsangaben ergeben die jeweiligen Entscheidungsgründe, daß deren Verwendung für Waren minderer Güte auch als Irreführung über die Qualität angesehen werden kann, wie z.B. in den Entscheidungen Consolidated Pinnacle Coal Co. 1052., Mac Dougal Bros. 1053. und Grand Rapids Furniture Factories 1054., ohne daß dieser Gesichtspunkt in den Unterlassungsverfügungen in Form eines gesonderten Verbots Anklang gefunden hätte. Weil sich jedoch sämtliche genannten Verfahren primär gegen die Irreführung über die geographische Herkunft richteten, geben sie keine Antwort auf die Frage der Zulässigkeit des Vertriebs von mit qualifizierenden Herkunftsbezeichnungen versehenen Waren minderer Qualität durch ortsansässige Unternehmen.

1050. Stephen Rug Mills, 34 FTC 958, 966, 970, 1942

1051. Sun Fast Textiles Inc., 58 FTC 285-286, 1961

1052. 30 FTC 925, 927, 1937

1053. 38 FTC 248, 252, 1944

1054. 35 FTC 152, 157-158, 1942

bbb. Verbot als " passing off "

Das Verbot der Benutzung einer qualifizierten Herkunftsangabe als unberechtigte Unterschiebung der eigenen Waren an Stelle der höherwertigen eines bekannteren Mitbewerbers setzt voraus, daß sich die Bezeichnung in eine für ein einzelnes oder mehrere bestimmte Unternehmen schutzfähige Angabe umgewandelt hat 1055.

Weil es sich bei der Unterschiebung um eine Irreführung über die betriebliche Herkunft der Ware handelt, ist eine Täuschung über die geographische Herkunft nicht Voraussetzung einer Untersagung. Im Fall der gleichzeitigen Irreführung über die geographische Herkunft ist die Verwendung der unzutreffenden Herkunftsangabe gleichzeitig Mittel der Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware.

In der Entscheidung FTC v. Walkers New River Mining Co. 1056. hat die FTC festgestellt, daß sich eine als Individualbezeichnung schutzfähige Herkunftsangabe auch für mehrere Hersteller zu einer für diese ausschließlich geschützten Angabe entwickeln kann, soweit bekannte und qualitativ hochwertige Ware vertrieben wird 1057.

1055. siehe hierzu S. 300 - 302

1056. siehe Anm. 926.

1057. Im New River Gebiet wurde auch minderwertigere Kohle gefördert, die jedoch von den 63 am Ort tätigen Unternehmen nicht als "New River coal" in Verkehr gebracht wurde.

Wenn auch in der genannten Entscheidung die Bezeichnung " New River coal " nicht von einem in dem Fördergebiet ansässigen, sondern 75 km entfernt liegenden Unternehmen 1058. benutzt wurde, so gibt doch die Begründung der Entscheidung 1059. Aufschluß darüber, daß auch ein ortsansässiges Unternehmen von einem Verbot betroffen gewesen wäre.

In der Entscheidung Rodney Distributors Inc. 1060. wurde die Herkunftsangabe " Illinois de Luxe ", wobei " Illinois " Teil der Warenzeichen verschiedener bekannter Unternehmen im Staat Illinois war, für Waren minderer Qualität bei Verwendung durch einen in Chicago, Illinois, ansässigen Hersteller untersagt.

1058. Die Willkürlichkeit solcher geographischer Abgrenzungen ist nicht fraglich. Sie wirkt sich besonders negativ aus, wenn, wie im gegebenen Fall, auch im bekannten Ursprungsgebiet minderwertige Produkte erzeugt werden, die geographische Abgrenzung jedoch dann nach der Qualität vorgenommen wird.

1059. siehe Anm. 929, p. 459

1060. 50 FTC 11, 16 1953, wobei die Herkunftsangabe allerdings keinen Hinweis auf geographisch bedingte Eigenschaften der Ware enthielt.

ccc. Behandlung der Anfügung von entlokalisierenden Zusätzen sowie der Umwandlung in eine Gattungsangabe

Zusätze mit Hinweis auf das tatsächliche Ursprungsgebiet sind auch bei solchen Herkunftsangaben, die eine besondere Werbewirkung entfalten oder besondere Gütevorstellungen auslösen, dann zulässig, wenn Zusätze nach allgemeiner Spruchpraxis angeordnet werden können 1061.

Auch hinsichtlich der Anforderungen an die Umwandlung einer Herkunftsangabe in eine Gattungsbezeichnung lassen sich keine Besonderheiten feststellen 1062.

4. Täuschende Preiswerbung

a. Schlagwortartige Preisbezeichnungen im Zusammenhang mit der Distributionsstufe

Besondere Zugkraft hat die Werbung mit einem Fabrik-, Großhandels- oder Discountpreis, da der Verbraucher glaubt, die Großhandels- bzw. Einzelhandelsspanne ganz oder zum Teil einsparen zu können.

aa. Die Werbung mit dem Fabrikpreis

Mit Wendungen wie " factory direct to you " 1063.

1061. Slagter Oil & Grease Co., 39 FTC 246, 250, 251, 1944

1062. siehe hierzu S. 307 - 308

1063. Grand Rapids Furniture Factories Inc., 36 FTC 162, 166, 1943; Bronson Shoe Co., 21 FTC 384, 388-389, 1935; "direct from factory"

oder " mill prices " 1064. gibt der Verkäufer an, daß der im Zusammenhang damit genannte Preis der gleiche ist, der vom Hersteller seinen Direktabnehmern berechnet wird 1065.

Läßt sich feststellen, daß die Herstellerpreise niedriger liegen 1066. oder der angebliche Fabrikpreis den Großhandelspreis übersteigt und einem Einzelhandelspreis nahek kommt, wie er für Waren gleicher Art und Güte üblicherweise gefordert wird 1067., ist der Nachweis der Unrichtigkeit der Behauptung geführt.

Werden für Vertrieb und Verkauf Tochtergesellschaften gegründet und werben diese mit einem Fabrikpreis und dieser wesentlich höher als der von der Muttergesellschaft festgelegte Preis, ist diese Werbung unzulässig 1068.

bb. Die Werbung mit dem Großhandelspreis

Gängige schlagwortartige Bezeichnungen für Großhandelspreise sind " wholesale prices " 1069., " wholesaler " 1070. oder " middlemen's profit

1064. Dexter Thread Mills, 53 FTC 59, 61, 1956

1065. Guides against Deceptive Pricing, 16 CFR, § 233.5 (1964)

1066. Plastiq Finishes Co., 51 FTC 637, 639, 1955

1067. Stevens Clothing Mfg. Co. Inc., 42 FTC 94, 95, 1946

1068. Ohmlac Paint & Refining Co., 60 FTC 419, 421, 425, 1960, auch dann, wenn die Tochtergesellschaft bei selbständiger Rechtsform praktisch nur eine Unterabteilung ist.

1069. Progress Tailoring Co., 37 FTC 277, 290, 1943

1070. The Direct Co., 29 FTC 1539, 1540, 1939

eliminated " 1071. Diese Wendungen weisen auf Preise hin, die Einzelhändler ihrer Bezugsquelle für Waren bezahlen, welche zum Weiterverkauf an den Letztverbraucher bestimmt sind 1072., oder generell auf Preise, zu denen die Ware üblicherweise im Großhandel verkauft wird 1073.

Die Bestimmung des Großhandelspreises stößt meist auf gewisse Schwierigkeiten, da in der Praxis oft verschiedene Großhandelspreise nebeneinander bestehen; letzteres insbesondere dann, wenn nicht nur Einzelhändler, sondern auch Zwischenhändler am Vertrieb beteiligt sind 1074. Maßgeblich ist dann nicht der höchste erzielte Großhandelspreis, sondern derjenige Preis, zu dem der überwiegende Prozentsatz der Verkäufe an Einzelhändler, gemessen am Gesamtumsatz des Herstellers, abgewickelt wird 1075.

Verkauft der Hersteller hauptsächlich direkt an den Einzelhandel, d.h. unter Ausschaltung des Großhandels, so ist der Preis, zu dem der Einzelhandel die Waren üblicherweise und im gewöhnlichen Geschäftsgang erwirbt, der Großhandelspreis 1076.

-
1071. Frackman Diamond Corp., 41 FTC 157, 162-163, 1945
1072. Guess v. Montagne, 51 Fed. Supplem. 61, D.C.S.C. 1942, zit. in Fed. Nationwide Wholesalers Service v. FTC, 1968 Supplem. S. & C. 785, 789, 2nd Circ. 1968
1073. Frackman Diamond Corp., siehe Anm. 1071., p. 163
1074. Majestic Supply Co., 64 FTC 1166, 1172, 1964
1075. Federal Nationwide Wholesalers Service, s. Anm. 1072., 789-790
1076. siehe Anm. 1075.

Die täuschende Verwendung des Begriffs ist dann nachgewiesen, wenn feststeht, daß die genannten Großhandelspreise annähernd Einzelhandelspreisen gleichkommen, zu denen die Ware üblicherweise im gewöhnlichen Geschäftsgang im Einzelhandel angeboten und verkauft wird 1077. Liegt der Großhandelspreis unter dem so festgestellten Einzelhandelspreis, darf die Abweichung nach unten nicht völlig unwesentlich sein 1078. Läßt sich im Fall der Preiswerbung durch einen Großhändler das Entstehen weiterer Vertriebs- und Kommissionärskosten - somit Einzelhandelskosten - nachweisen, kann dies allein zur Untersagung führen 1079.

Beweisschwierigkeiten des mit dem Großhandelspreis werbenden Einzelhändlers oder Großhändlers, den Preis herauszufinden, der von Einzelhändlern üblicherweise gezahlt wird, berücksichtigt die FTC nicht 1080. Es bleibt dem Einzelnen überlassen, die Verkaufspreise der Hersteller zu erkunden und die übliche Gewinnspanne für die nächste Distributionsstufe aufzuschlagen 1081.

1077. Macher v. FTC, 126 F 2nd 420, 2nd Circ. 1942

1078. Frackman Diamond Corp., siehe Anm. 1071., p. 163

1079. Progress Tailoring Co., siehe Anm. 1069., p. 290, aff' Progress Tailoring Co. v. FTC, 153 F 2nd 103, 7th Circ. 1946

1080. Bezüglich der Bestrebungen, die Beweislast im Bereich der Preiswerbung auf die beklagten Unternehmen durch Anordnung von Marktumfragen indirekt für die Zukunft zu verschieben, siehe Anm. 1083.

1081. Fed. Nationwide Wholesalers Service, siehe Anm. 1072., p. 795

Ist der Großhändler zugleich Einzelhändler und berechnet er auf beiden Handelsstufen gleiche Preise, kann er diese grundsätzlich ohne Unterschied als Großhandelspreis bezeichnen. Dies ändert sich dann, wenn er dem Großhandelspreis einen fingierten Einzelhandelspreis gegenüberstellt, da dem so verwandten Begriff " Großhandelspreis " entnommen wird, daß er einen Preis darstellt, zu dem die Ware üblicherweise an den Einzelhandel mit Gewinnaufschlag verkauft wird 1082.

cc. Die Werbung mit Discountpreisen

In bezug auf die Werbung mit Discountpreisen stellt die kürzlich ergangene Entscheidung Tashoff v. FTC 1083. fest, daß diese nur dann verbreitet werden darf, wenn die Preise erheblich unter dem vorherrschenden Preis innerhalb einer Geschäftszone liegen.

b. Die Aufstellung unrichtiger Wert- Preis-Relationen

Gleiche Anziehungskraft wie Werbung mit einer Preisersparnis durch Ausschaltung traditioneller Handelsstufen entfaltet solche Preiswerbung, die entweder direkt oder indirekt dem geforderten Preis einen höheren Wert des Artikels gegenüberstellt. Die Aufstellung solcher Wert- Preis-Relationen kann einmal durch die Verwendung vager Preisbezeichnungen, die implizit eine Wertbehauptung enthalten, erfolgen. Sie kann auch in der Angabe eines bestimmten

1082. Majestic Electric Supply Co., siehe Anm. 1074., pp. 1190-1191

1083. § 73.417 Tashoff v. FTC, D.C. Circ. 1971, Trade Cases 1971

Werts im Gegensatz zum geforderten Preis oder in der Gegenüberstellung üblicherweise auf der gleichen Handelsstufe erzielten Verkaufspreise zum eigenen Preis liegen.

aa. Vage Wertbehauptungen

Die erste Art der oben genannten Wertbehauptungen wie " moderately priced ", " inexpensive " 1084., " amazingly low " 1085., " exceptionally low " 1086. oder " lowest priced wholesaler " 1087. wird von der FTC kaum angegriffen, und im Fall eines Einschreitens nur dann, wenn sie weit übertrieben waren. Ist der Preis zwar bestimmt, die Wertangabe jedoch völlig unbestimmt, wie bei " not \$ 5, not even \$ 1, but 50 ¢ " 1088., gelten die gleichen Grundsätze.

bb. Wertbehauptungen über einen bestimmten Betrag

Wegen des von der FTC willkürlich festgelegten Tatsachengehalts existiert demgegenüber eine umfangreiche Spruchpraxis zum Verbot der unrichtigen Benennung eines bestimmten Werts (" value ") als Vergleichsbasis für den eigenen Preis, wie z.B. " completely guaranteed worth about \$ 1.500 ") 1089., " regular \$ 1.25 value of pure strong famous

-
1084. Dolcin Corp., 53 FTC 387, 396, 1956;
§ 19.761 Union Carbide Corp., Dkt. 8811, 7/26/71
1085. Miller & Co., 37 FTC 751-752, 1943
1086. Commercial Mfg. Co., 22 FTC 373, 385-386, 1936
1087. Mills Sales Co., 47 FTC 987, 992-993, 1952
1088. Miller & Co., siehe Anm. 1085., p. 752
1089. Model Home Furniture Corp., 63 FTC 611, 613, 1963

vanilla flavour " 1090. oder " \$ 114.50 value " 1091.

In derartigen Behauptungen hat die FTC durchgehend den Hinweis auf den innerhalb einer bestimmten Geschäftszone (" trade area ") vorherrschenden Einzelhandelspreis, nicht auf einen bestimmten Wert der Ware gesehen.

In einigen Entscheidungen wurde die Werbung mit " value " als Behauptung über den eigenen, im üblichen Geschäftsgang üblicherweise erzielten Preis des Werbenden selbst 1092. ausgelegt. Diese Auffassung ist jedoch seit Erlaß der Guides Against Deceptive Pricing von 1964 1093. überholt. Die Beurteilung, welcher ein innerhalb einer Geschäftszone vorherrschender Preis ist, unterliegt Schwankungen. Entscheidungen vor Erlaß der Guides Against Deceptive Pricing von 1964 forderten, daß der genannte Preis zumeist üblicherweise im gewöhnlichen Geschäftsgang erzielt werde (" usually and customarily sold in the normal course of business at retail " 1094.

1090. George Forster Inc., 26 FTC 1027, 1032, 1938

1091. General Products, 52 FTC 721, 724, 1956, aff' sub nom. Ray S. Kalwajtys v. FTC 237, F 2nd 654, 724, 7th Circ. 1956

1092. Bond Stores, 56 FTC 720, 722, 1961; Howard Stores, 56 FTC 163, 164, 1949; Einbender's Inc., 58 FTC 787, 789, 1961

1093. 16 CFR § 233

1094. Kastner Sherman Corp., 57 FTC 290-292, 1956; Charlet Undergarment Corp., 52 FTC 924, 928-929, 1956

Die Guides Against Deceptive Pricing von 1964 haben die Anforderungen an den Umfang der zu einem bestimmten Preis zu tätigen Verkäufe erheblich gelockert. Heute ist es ausreichend, wenn ein wesentlicher Teil der Verkäufe ("substantial sales") 1095. zum bestimmten Preis in der Geschäftszone erfolgt oder die Haupteinzelhandelsgeschäfte 1096. regelmäßig den Artikel zum bestimmten Preis verkaufen 1097. Eine zahlenmäßige oder prozentuale Bestimmung ist dabei nicht möglich. Die Feststellung aller Verkäufe samt Preisen innerhalb einer bestimmten Geschäftszone würde wegen des damit verbundenen Aufwands praktisch zur Unanwendbarkeit in der Durchführung dieses Grundsatzes führen. Diese Schwierigkeit umging die früher von der FTC angewandte Methode der Ermittlung des üblichen Einzelhandelspreises durch Berechnung der Selbstkosten und Aufschlag der üblichen Gewinnspannen für sämtliche Distributionsstufen ("fair market value theory"), die noch auf dem Gedanken des tatsächlichen Werts basierte 1098. Als Hilfsbegründung kann eine Feststellung des Marktwerts anhand einer Kosten-

1095. § 233.2

1096. § 233.2 (a)

1097. § 17.044 Family Record Plan, Dkt. C - 819, 8/27/64; siehe auch die geänderten Verfügungen in § 16.954 Giant Food Inc., Dkt. 7773, 6/23/64

1098. siehe zum Begriff "fair market value" Ballentine, Law Dictionary and Pronunciations, p. 797 (1948 ed.);

Saks & Co., 30 FTC 898, 904, 1940

und Gewinnanalyse jedoch herangezogen werden, so z.B. wenn Sachverständigengutachten bezüglich der Einzelhandelspreise ergeben, daß ein Produkt mit einer bestimmten Gewinnspanne verkauft werden würde 1099.

Die FTC behilft sich hier kasuistisch durch sehr niedrig angesetzte Beweisanforderungen dahingehend, daß der Nachweis für die Höhe des vorherrschenden Einzelhandelspreises nicht in der Form der Darlegung von Einzelverkäufen erbracht werden muß 1100.

Die Aussagen von Sachverständigen genügen unter der Voraussetzung, daß diese über die Preisentwicklung in der Geschäftszone informiert sind 1101. und der befragte Querschnitt repräsentativ und maßgeblich ist 1102. Die zulässige Bindung der Wiederverkaufspreise in einem einzelnen Bundesstaat begründet noch keine Vermutung für das Bestehen eines bestimmten Einzelhandelspreises 1103.

Einer Preisermittlung ist die FTC auch dann nicht enthoben, wenn sich ohne weiteres exorbitante Ge-

1099. Arnold Constable Corp., 58 FTC 49, 53-54, 1961

1100. Gimbel Bros., 61 FTC 1051, 1070, 1962; Around-the-World's Shoppers Club, 64 FTC 845, 951, 1964

1101. Giant Food Co., 61 FTC 326, 352, 1962; aff' Giant Food Inc. v. FTC, VII S. & C. 710, 720-722, D.C. Circ. 1963

1102. § 17.287 Revco D.S. Inc., Dkt. 8576, 6/28/65

1103. siehe Anm. 1102.

winnspannen feststellen lassen, da der tatsächliche Wert des Artikels außer Betracht bleiben muß 1104. Umgekehrt ist die "value"-Behauptung auch dann nicht zugelassen, wenn der Artikel innerhalb der bestimmten Geschäftszone noch nicht verkauft worden ist, auch wenn der Wert i.S. der "fair market value theory" erreicht ist 1105.

Guter Glaube an die Höhe des von ihm angegebenen Einzelhandelspreises nützt dem beklagten Einzelhändler nichts; maßgeblich ist die objektive Richtigkeit der aufgestellten Wert-Preis-Relation. Wurde von ihm eine Untersuchung bezüglich der von Mitbewerbern geforderten Preise durchgeführt, so bedeutet dies lediglich eine Erschwerung der Beweisführung für die FTC, nicht jedoch eine Exculpationsmöglichkeit für das beklagte Unternehmen 1106.

Hierin liegt ein wichtiger Unterschied der Werbung des Einzelhändlers in einer Geschäftszone zur gleichen Werbung eines überregionalen Herstellers. Letzterer darf eine Wert-Preis-Relation, bezogen auf einen Durchschnittspreis in den einzelnen Geschäftszonen, aufstellen, wenn in den einzelnen Geschäftszonen der tatsächliche Einzelhandelspreis nicht wesentlich niedriger liegt 1107.

1104. Nash Inc., 61 FTC 596, 613, 1962; Mandel Bros., 54 FTC 50, 57, 73, 1956

1105. George Forster, 26 FTC 1027, 1032, 1938

1106. Revco D.S. Inc., siehe Anm. 1102.

1107. International Ass'n of Photographers, 52 FTC 1450, 1455, 1956

Führt die FTC den Nachweis niedrigerer Einzelhandelspreise am Beispiel nur einer Geschäftszone, auch wenn der Hersteller an Händler in mehreren Geschäftszonen liefert, kann dieser eine Klageabweisung erreichen, wenn er nachweist, daß die von ihm angegebenen Einzelhandelspreise von bedeutenden Einzelhandelsgeschäften innerhalb repräsentativer Städte eingehalten werden. Diese Beweislastverlagerung entfällt jedoch schon dann, wenn ersichtlich ist, daß für die Preiswerbung keinerlei Grundlage vorhanden ist, d.h. die angegebenen Werte frei erfunden sind 1108.

Nicht schon jede geringfügige überhöhte Abweichung des vom Werbenden angegebenen Marktwerts vom tatsächlich bestehenden Einzelhandelspreis führt zur Ungesetzlichkeit 1109., sondern nur eine merkliche 1110. (" does not appreciably exceed ... the prices ").

Ein weiteres Problem der genannten Art von Preiswerbung liegt in der erforderlichen Gleichartigkeit der preislich verglichenen Waren. Strenge Maßstäbe verhindern hier Preisvergleiche an Hand minderwertigerer Waren. Erforderlich ist nahezu eine Warenidentität 1111. Die Verwendung billigerer Imi-

1108. § 17.221 John Surrey Ltd., Dkt. 8605, 3/16/65

1109. so noch die Guides Against Deceptive Pricing von 1958, "exceeds the usual and customary prices"

1110. § 233.2 (a) Family Record Plan, siehe Anm. 1097.

1111. George Forster Inc., 26 FTC 1027, 1032, 1938

tationen macht den Vergleich unzulässig 1112.
Entwurf, Material, Verarbeitungsmethode sowie
jedwelche sonstige Qualitätsunterschiede differenzieren die Waren 1113.

Wird mit "comparable value" geworben, muß die
Ware des Werbenden im Verhältnis zu den als Vergleichsobjekt gewählten Konkurrenzprodukten zumindest in allen wesentlichen Beziehungen von gleicher Art und Güte sein 1114.

- cc. Die Werbung mit dem empfohlenen Wiederverkaufspreis
Eine beliebte und zulässige Werbemethode 1115. ist der Vergleich des eigenen Preises mit dem vom Hersteller empfohlenen Wiederverkaufspreis. Nach den Guides Against Deceptive Pricing von 1964 hat ein empfohlener Wiederverkaufspreis ("suggested retail price") für den Verbraucher die Bedeutung eines Preises, zu dem im Einzelhandel innerhalb einer bestimmten Geschäftszone ein wesentlicher Teil der Verkäufe ("substantial sales") 1116. getätigt wurde. Frühere Interpretationen sahen im empfohlenen Wiederverkaufspreis entweder eine Behauptung über einen zu erwartenden Einzelhandels-

1113. Charlet Undergarment Corp., 52 FTC 924, 928, 1956;
Velox Service Inc., 56 FTC 1313, 1960

1114. Laco Supply Co., 63 FTC 1596, 1599, 1963;
Gimbel Bros., 61 FTC 1051, 1062, 1962: "comparable value"
als relativer Begriff; Ed Hamilton Furs of Oregon,
52 FTC 186, 191, 1955; "we suggest comparison with"

1115. Baltimore Luggage Co. v. FTC, VII S. & C. 251, 253,
4th Circ. 1961, cert. den. 369 US 860, 1962

1116. § 233.3 (a)

verkaufspreis 1117. oder unter Aufgreifung des Wertgedankens - eine Repräsentation eines Einzelhandelswiederverkaufswerts 1118.

Das Erfordernis, daß ein wesentlicher Teil der Verkäufe zum genannten Preis vorgenommen wurde, ist dann erfüllt, wenn entweder die größten Einzelhandelsgeschäfte innerhalb der Geschäftszone zum empfohlenen Wiederverkaufspreis verkaufen oder die Verkäufe zu diesem Preis nicht nur vereinzelt abgeschlossen oder von unbedeutendem Umfang ("isolated and insignificant") waren 1119.

Dieser Maßstab hat sich nicht deutlich an Hand von Einzelentscheidungen konkretisiert. Fest steht lediglich, daß die überaus strengen Anforderungen, wie sie in den Guides Against Deceptive Pricing von 1958 1120. - mit Maßgabe der Preise, wie sie üblicherweise im gewöhnlichen Geschäftsgang erzielt werden ("usually and regularly sold at retail") - festgelegt waren, der Vergangenheit angehören. Verschärft wurde der damalige Standard noch durch eine an sich unhaltbare Beweispraxis der FTC: bei

1117. Clayton F. Summy Co., 10 FTC 14, 19, 1925

1118. Banner Novelty Co., 21 FTC 298, 301-302, 1935:

"is intended to represent the cost of manufacture of the article plus a reasonable profit for the manufacturer and retailer, and consequently to represent the approximate retail sale value of the item"

1119. § 233.3 (d)

1120. siehe hierzu allgemein George J. Alexander, Honesty and Competition, some Problems in the Pricing of Goods, 31 Fordham L. Rev. 141, (1962)

Nachweis auch nur einiger Verkäufe unter dem empfohlenen Wiederverkaufspreis erging bereits eine Unterlassungsverfügung 1121. Einige Klageabweisungen 1122. und eine Aussetzung des Verfahrens 1123. kurz vor Erlaß der Guides von 1964 zeigen jedoch die Tendenz an, diese Art der Preiswerbung nicht durch sinnlose Erschwernisse zu behindern. Damit ist der Spielraum, innerhalb dessen noch ein wesentlicher Teil der Verkäufe zum bestimmten Preis akzeptiert wird, erheblich größer geworden.

Die Werbung ist auf jeden Fall zulässig, wenn die Haupteinzelhandelsgeschäfte einer bestimmten Geschäftszone überwiegend oder ausschließlich zu diesem Preis verkaufen 1124. Schwankungen auch des empfohlenen Wiederverkaufspreises, soweit sie bei saisonbedingter Ware unvermeidlich sind 1125. oder aufgrund von Sonderverkäufen entstehen 1126., bleiben bei der Bestimmung außer Betracht.

-
1121. Rayex Corp., 60 FTC 664, 671, 1962; rev. Rayex Corp. v. FTC, VII S. & C. 696-699, 2nd Circ. 1963
1122. § 16.454 Delaware Watch Co., Dkt. 8411, 6/27/63;
§ 16.841 Bulova Watch Co., Dkt. 7583, 3/27/64;
§ 16.767 Filderman Corp., Dkt. 7878, 2/13/64
1123. § 16.721 the Papercraft Corp., Dkt. 8489, 1/18/64
1124. Giant Food Inc. v. FTC, VII S. & C. 710, 722, D.C.Circ.1963
1125. Jedoch dann nicht, wenn die Verkaufszeit im Jahr nur ca. drei Monate beträgt, der empfohlene Wiederverkaufspreis jedoch das ganze Jahr über angebracht ist, Rayex Corp. v. FTC, siehe Anm. 1121., pp. 669-670
1126. Benjamin & Edward J. Gross Co., Inc., 51 FTC 1248, 1252, 1955

Von erheblicher Bedeutung, jedoch zeitweise verschieden beantwortet wurde die Frage, ob auch Discount-Geschäfte, Geschäfte der Katalog- und Versandhäuser oder Verkäufe von Haustür zu Haustür als dem Einzelhandel zugehörig zu betrachten sind, und die bei diesen Verkäufen erzielten Preise bei der Ermittlung des wesentlichen Teils der Verkäufe mitzuzählen sind. Eine Entscheidung wurde in den Guides Against Deceptive Pricing von 1964 nur hinsichtlich der Discountgeschäfte getroffen, sie bleiben unberücksichtigt 1127. Offen gelassen wurde diese Frage gerade im Hinblick auf den in den USA besonders wichtigen Vertriebsweg durch Versandhäuser.

Zu Schwierigkeiten hat auch stets die Bestimmung der Geschäftszone (" trade area ") geführt, innerhalb der die empfohlenen Wiederverkaufspreise festgestellt werden. Selbst innerhalb einer Stadt kann es verschiedene Geschäftszonen geben, abhängig von der sozialen Schichtung 1128.

Ein nationaler Hersteller kann einer Unterlassungsverfügung nicht schon durch den Nachweis entgehen, daß, vom Gesamtverkaufsvolumen her gesehen oder auch vom Durchschnitt der in den USA überhaupt getätigten Verkäufe, der wesentliche Teil der Verkäufe zum empfohlenen Wiederverkaufspreis getätigt wur-

1127. § 233.3 (d); anders noch die Entscheidung Helbros Watch Co. Inc. v. FTC, VII S. & C. 596, 598, D.C. Circ. 1962

1128. siehe Rayex Corp. v. FTC, Anm. 1121., pp. 700-701

de. Wird in den einzelnen Geschäftszonen zu wesentlich niedrigeren Preisen verkauft, ist die Niedrigpreis-Werbung in diesen Geschäftszonen unzulässig 1129.

Diese Schwierigkeiten nationaler Hersteller haben auch zu Differenzierungen im Hinblick auf den guten Glauben bezüglich der Einhaltung der empfohlenen Wiederverkaufspreise durch die Einzelhändler geführt. Einen Hersteller mit überregionalem Verkaufsnetz trifft keine Prüfungspflicht hinsichtlich aller in bestimmten Geschäftszonen erzielten empfohlenen Wiederverkaufspreise 1130. Dem subjektiven Moment der Gutgläubigkeit wurde im Gegensatz zur früheren Spruchpraxis 1131. wieder Geltung eingeräumt 1132., allerdings begrenzt durch die Forderung, daß der vom Hersteller angegebene empfohlene Wiederverkaufspreis nicht merklich die höchsten, innerhalb einer Geschäftszone erzielten Preise übersteigen darf (" does not appreciably exceed the highest prices at which substantial sales are made ") 1133.

1129. Baltimore Luggage Co., siehe Anm. 1115., pp.253-255

1130. § 233. (g)

1131. In ganz frühen Entscheidungen genügte die Gutgläubigkeit hinsichtlich der Einhaltung der Preise bereits als solche, N. Shure Co., 4 FTC 334, 336, 1922. Unter Geltung der Guides Against Deceptive Pricing von 1958 wurde die Gutgläubigkeit generell als unerheblich bezeichnet, dies unter Berufung auf die Entscheidung FTC v. Winsted Hosiery Co., 258 US 483, 494, 1922, siehe Rayex Corp. v. FTC, siehe Anm. 1121., p. 699

1132. siehe hierzu Comment, FTC Revised Guides Against Deceptive Pricing Limit Manufacturer's Liability, 39 N.Y.U.L. Rev. 884, 885-887 (1964)

1133. § 233.3 (g)

Da der überregionale Hersteller bei seiner Berufung auf den guten Glauben wohl immer schwankenden Boden betreten wird, kann er sich auch hier durch Überprüfung der Einhaltung der empfohlenen Wiederverkaufspreise in allen repräsentativen Städten bei allen wesentlichen Verkäufen absichern 1134. Im Gegensatz dazu spricht beim Einzelhändler, der innerhalb einer bestimmten Geschäftszone tätig ist, eine Vermutung dafür, daß ihm die von seinen Mitbewerbern geforderten Preise bekannt sind; ihn trifft eine Überprüfungspflicht 1135. Er kann sie nicht dadurch erfüllen, daß er lediglich Preise erkundet, wie sie von kleineren Vorortgeschäften oder bei nicht wesentlichen A-, B- oder C-Geschäften u. dergl. gefordert werden 1136.

Auch hier führt ein geringfügig erhöht angegebener Preis - bezogen auf den tatsächlich bei wesentlichem Teil der Verkäufe erzielten Preis - nicht zur Unzulässigkeit des Vergleichs. Die Überschreitung muß erheblich sein (" significantly in excess of the highest prices at which substantial sales are made ") gemessen an den höchsten Preisen, zu denen ein wesentlicher Teil der Verkäufe abgewickelt wird 1137.

Gleichermaßen wie der vom Hersteller angegebene

1134. § 233.3 (h)

1135. § 233.3 (f)

1136. § 233.3 (f)

1137. § 233.3 (d)

empfohlene Wiederverkaufspreis wird die Werbung mit dem Listenpreis des Herstellers ("manufacturer's list price") behandelt 1138., so daß sich eine ausführliche Darstellung erübrigt. Die Bedeutung des Hinweises auf diesen Preis als Behauptung über den vorherrschenden Einzelhandelspreis ist hier noch wesentlich umstrittener als beim empfohlenen Wiederverkaufspreis 1139.

- dd. Vergleiche mit einem Einzelhandelspreis ("retail price") 1140. werden besonders häufig von Versandhäusern bei ihrer Katalogwerbung benutzt. Dem angegebenen Großhandelspreis werden dann fiktive Einzelhandelspreise gegenübergestellt.

In früheren Entscheidungen wurde auch dieser Behauptung die Bedeutung einer Angabe des üblichen, im gewöhnlichen Geschäftsgang innerhalb einer bestimmten Geschäftszone erzielten Einzelhandelspreises gegeben 1141.; die Auflockerung, die die Guides Against Deceptive Pricing von 1964 1142. gebracht haben,

-
1138. Giant Food Corp. v. FTC, VII S. & C. 710, 716, D.C. Circ. 1963;
Die Auffassung, daß der Verbraucher in einer Behauptung über den Listenpreis nur die Möglichkeit des Ziehens von Preisvergleichen sehe, wurde zurückgewiesen.
1139. In der Entscheidung Regina Corp. v. FTC, VII S. & C. 777, 3rd Circ. 1963, wurde darin eine Behauptung über den gängigen Preis ("going price") gesehen.
1140. siehe allgemein George J. Alexander, siehe Anm. 198., pp. 124-128
1141. The Sessions Co., 63 FTC 333, 334, 1963: "generally prevailing price"; Leeds Travelware, Inc., 61 FTC 152, 169 1962;
Baltimore Luggage Co., 58 FTC 451, 454-458, 1961
1142. siehe Anm. 1093.

gelten auch für diese Behauptungen über den Einzelhandelspreis 1143.

Besonderheiten gegenüber der Werbung mit dem Begriff " value " oder dem empfohlenen Wiederverkaufspreis bestehen wegen der gleichen Bedeutung nicht 1144.

c. Sonstige Preisvergleiche

Preisvergleiche, die keinerlei Wert-Preis-Relation aufbauen, sondern sich in einem bloßen Hinweis auf eine im Einzelfall momentane Ersparnis erschöpfen, liegen in Gestalt des Vergleichs mit dem früheren eigenen Preis sowie des Vergleichs mit dem Preis bestimmter Mitbewerber vor.

- aa. Der Vergleich mit dem früheren eigenen Preis, wobei bestimmte Reduzierungsbeträge angegeben werden, wird nach Auffassung der FTC durch Wendungen wie " usually ", " formerly ", " reduced ", " originally " 1145., " was ..., is now ... " oder " regularly " ausgedrückt 1146.

Der frühere eigene Preis gibt nur dann eine zulässige Basis für den Preisvergleich ab, wenn zu diesem Preis die Ware während eines angemessenen Zeitraums

1143. siehe auch noch § 16.738 Leonard Margolis, Dkt. 8561, 1/29/64; Winston Sales Co., 65 FTC 1456, 1462, 1963

1144. siehe S. 342, 348

1145. § 19.730 Valmour Products, File No. 712 3186, 7/26/71

1146. § 233.1 (a), (b), (c), (e), obwohl hier auch ein anderes Verbraucherverständnis denkbar wäre, so z.B. nach Auffassung des Better Business Bureau "usually" als vorherrschender Einzelhandelspreis, Fair v. FTC, VI S. & C. 708, 712-713, 7th Circ. 1959

(" during a reasonably substantial period of time ") im gewöhnlichen Geschäftsgang verkauft worden ist. Es genügt auch, daß die Ware in gutem Glauben (" the actual bona fide price ") während des genannten Zeitraums und zumindest in Verkaufsabsicht zu diesem Preis angeboten worden ist 1147., 1148.

Damit ist der Preisvergleich nicht schon deswegen unzulässig, weil der Werbende noch keine Verkäufe zum genannten Preis getätigt hat 1149. Die unter Geltung der Guides Against Deceptive Pricing von 1958 1150. ergangenen Entscheidungen, die am Erfordernis vorheriger Verkäufe festhielten, haben Bestand, weil ihnen ein unterschiedlicher Sachverhalt zugrunde liegt. Entweder war überhaupt kein Angebot gemacht worden 1151. oder die Werbung enthielt einen speziellen Hinweis auf vorherige Verkäufe 1152.

-
1147. § 233.1 (a), Guides Against Deceptive Pricing von 1958
"when in excess of the price at which such merchandise has been usually and regularly sold at retail ... in the recent and regular course of his business"
1148. § 50.308 Trade Regulation Reporter, FTC Guide Concerning the Use of the Word Free and Similar Representations, § 251.1 (b) (2): im Zusammenhang mit dem Angebot einer Zugabe andere Voraussetzungen: "open and actively sold", "within 30 days"
1149. § 233.1 (b), anders bei Werbung mit Zugaben, Anm. 1149
"substantial sales"
1150. siehe Anm. 1147.
1151. Bankers Securities Corp. v. FTC, VII S. & C. 300, 302, 3rd Circ. 1961
1152. Gimbel Bros. Inc., 61 FTC 1051, 1068, 1069, 1962

Nicht erlaubt ist die Bildung eines Durchschnittspreises, wenn der Werbende fluktuierende Preise hat 1153., selbst dann nicht, wenn eine Ersparnis gegenüber dem niedrigsten geforderten Preis gegeben ist. Dies gilt auch für Preise, deren konkrete Höhe vom Verhandlungsgeschick des betreffenden Käufers abhängt 1154. Nimmt der Einzelhändler eine serienmäßige Diskontierung vor, so ist der jeweilige reduzierte Preis der übliche Preis, zu dem er verkauft 1155.

Die Umstände des gesamten Angebots haben entscheidenden Einfluß auf die Beurteilung; die in den Guides Against Deceptive Pricing getroffene Regelung tritt dementsprechend zurück. Beispielsweise wurde für Sonderverkäufe anlässlich des Geburtstages von George Washington die Werbung mit "regulär" zugelassen, auch wenn im vorausgegangenen Jahr keine Waren zu diesem Preis verkauft worden waren, und zwar mit der Begründung, das Publikum habe zu diesem Anlaß sowieso mit dem Angebot verbilligter Ladenhüter gerechnet 1156.

Ohne weitere Überprüfung der Preisstruktur wird dies Art von Preisvergleichen untersagt, wenn eine fiktive Aufblähung des regulären Preises (Mondpreis) zwecks Vorspiegelung einer Preisersparnis

1153. Main Street Furniture Co., Inc., 57 FTC 1119, 1124, 1960

1154. § 18.673 US Construction Co., Dkt C - 1514, 4/3/69

1155. Granite Arts Inc., 24 FTC 697, 702, 1937

1156. Sure-Seat-Cover Co., 60 FTC 930, 937, 1962

feststellbar ist 1157. oder der tatsächliche frühere Preis nur als Lockmittel verwandt wird, um dem Kunden teurere Artikel aufzudrängen 1158.

Keine Rechtfertigung für den täuschenden Preisvergleich läßt sich insbesondere aus der Einrede herleiten, daß im Ergebnis der Kunde deswegen eine Preisersparnis realisiere, weil die Mitbewerber teurere Preise hätten 1159.

In den Vergleich einbezogen werden dürfen nur völlig identische Waren; selbst geringfügige Unterschiede stehen der Zulässigkeit dieser Werbeart entgegen 1160.

- bb. Bei Kombinationsgeschäften werden zwei gleichartige oder verschiedenartige Artikel zu einem reduzierten Gesamtpreis verkauft, wobei entweder beide oder nur ein Artikel reduziert wird. Soweit dabei ein Vergleichspreis für einen bestimmten Artikel oder beide genannt wird oder sich den Umständen entnehmen läßt, liegt ein Vergleich mit dem früheren, eigenen Preis 1161. für den jeweiligen Artikel vor. Einem Kombinationsangebot stehen keine Einwände ent-

-
1157. § 19.730 Valmor Products Co., File No. 712, 3186, 7/26/
§ 16.824 Stifel & Taylors Value City, Dkt. 8440, 3/18/6
§ 16.865 Readers Digest Ass'n, Dkt. C - 626, 12/27/63
1158. § 16.625 Earl Scheib Inc., Dkt. 8433, 6/8/63
1159. Bankers Securities Inc. v. FTC, siehe 1151., p. 302
1160. Arnold Constable Corp., 58 FTC 1558, 1561, 1961 unter
Berufung auf das Algoma-Lumber Prinzip, siehe S.
1161. International Ass'n of Photographers, 52 FTC 1450, 1454
1956

gegen 1162., wenn der Kunde von vornherein vor Geschäftsabschluß über seine Verpflichtung aufgeklärt wird, zwei Artikel nehmen zu müssen. Das vorstehend zu den Vergleichen mit dem früheren eigenen Preis Ausgeführte gilt auch hier. Eine Besonderheit bietet sich jedoch dann, wenn beide Kombinationsartikel noch gar nicht einzeln angeboten wurden und daher sich für den einzelnen Artikel noch kein eigener Preis gebildet hat. Die FTC verbietet in nun ständiger Spruchpraxis Kombinationsgeschäfte ohne vorherige Einzelverkäufe 1163. auch dann, wenn nachweislich Waren gleicher Art und Güte anderer Mitbewerber einzeln genauso teuer sind wie die Kombinationsartikel zusammen.

Hatte sich in der Vergangenheit bereits ein regulärer Preis für einen Artikel gebildet, so wird er im Lauf der Zeit durch häufige Kombinationspreise ersetzt und damit zum regulären Preis für beide Artikel 1164.

Mit der Einrede, daß Käufer aufgrund der Werbung auch Einzelstücke erwerben würden, es sich daher

1162. Kann die Preisersparnis nur realisiert werden, wenn in der Werbung nicht genannte, preislich überhöhte andere Artikel abgenommen werden müssen oder weitere Kosten hinzukommen, führt dies zum Verbot.

Better Living Inc., 54 FTC 648, 655, 1957, aff' Better Living Inc. v. FTC, VI S. & C. 453, 3rd Circ. 1954

1163. Encyclopaedia Britannica, 59 FTC 24, 28, 1961;

§ 18.462 Spiegel Inc., Dkt. - 8708, 7/15/68

1164. Spiegel Inc., siehe Anm. 1163.

um ein getrenntes Angebot der zwei Artikel handle und daher auch immer bestimmte reguläre Preise beständen, wurde kein Erfolg erreicht. Diese formale Konstruktion lehnte die FTC mit der Begründung ab, bei diesen Einzelkäufen zeige sich das Resultat der Täuschung dahingehend, daß der Käufer glaube, ein Artikel koste den angegebenen Betrag 1165.

Ein in der Vergangenheit herausgebildeter regulärer Preis ist dann nicht maßgeblich, wenn nur vereinzelte Verkäufe zu dem höheren Preis getätigt wurden 1166.

- cc. Bereits relativ vage Vergleiche mit dem früheren Preis, durchgeführt anhand von Schlagwörtern, die auf eine Preisersparnis hinweisen, den Reduzierungsbetrag jedoch offen lassen, werden von der FTC angegriffen, wie z.B. "sale" 1167., "savings", "reduced". Die FTC sieht als Vergleichspreis, an dem die Behauptung über die Kostenersparnis gemessen werden kann, auch hier den eigenen früheren Preis des Werbenden an 1168. Die starre Festlegung auf diese Bedeutung scheint jedoch eine Verpflichtung des Werbenden auszulösen, durch Klarstellung anzugeben, welcher Preis eigentlich gemeint ist. Dies ist z.B. im Falle von "save" durchaus

1165. Spiegel Inc., siehe Anm. 1163.

1166. § 19.697 Grolier Inc., File No. 612 3574, 7/12/71

1167. § 19.726 T-Ville Freezer Meats, File No. 702 3391, 7/23/71, "sale" und "special"

1168. § 233.1 (e)

verständlich, da hier keine eindeutige Aussagekraft vorliegt 1169. Wegen der Gleichartigkeit der Bedeutung der Behauptung kommen hier auch die gleichen Grundsätze für die Bestimmung des früheren Preises wie für die Werbung mit dem früheren eigenen Preis unter Angabe bestimmter Reduzierungsbeträge zur Anwendung.

Als Besonderheit gilt, daß die Reduzierung nicht völlig unerheblich sein darf, da sonst eine Täuschung über eine realisierbare Ersparnis eintritt 1170.

dd. Preisvergleiche durch Gegenüberstellung zweier Preise ohne weitere Erläuterung hat die FTC bisher ebenfalls als Behauptung über den früheren eigenen Preis im Gegensatz zum derzeit geforderten, gesehen 1171.; dies dürfte jedoch aufgrund der Entscheidung Estee Sleep Products fraglich geworden sein, wenn man damit eine begrenzte Pflicht des Werbenden zur Klarstellung begründet sehen will 1172.

d. Der Vergleich mit Konkurrenzpreisen

aa. Vergleiche mit den Preisen bestimmter Mitbewerber sind - wie sonstige wahre vergleichende Werbung auch - 1173. grundsätzlich zulässig. Sie unterlie-

1169. § 16.810, Dkt. 8569, 3/11/64, Estee Sleep Shops

1170. § 18.943 Hi-Gear Tire & Auto Supply, Dkt. C - 1635, 11/19/69

1171. Georges Radio and Television Co., Inc., 60 FTC 179, 184, 1962

1172. siehe Anm. 1169.

1173. siehe S. 374

gen keinen weiteren Schranken als dem tatsächlichen Bestehen des behaupteten Preisunterschieds sowie dem Erfordernis der Qualitäts- und Quantitätsgleichheit 1174.

Wird mit niedrigeren Preisen, ermöglicht durch besonders günstige Großeinkäufe 1175. oder Ausnutzung anderer günstiger Marktsituationen 1176., geworben, muß die Preissenkung auch tatsächlich dadurch verursacht worden sein.

- bb. Preisvergleiche, welche sich auf die Preise anderer Mitbewerber beziehen, sich jedoch gegen keinen bestimmten Konkurrenten mehr richten - wie z.B. " 33 1/3 - 50 % lower in price " 1177. oder " Calox costs only 1/3 as much as less efficient dentifrices " 1178. - sind lediglich in früheren Entscheidungen Gegenstand eines Verbots gewesen. Die FTC hat diese Behauptungen aus dem Bereich herausgelöst, innerhalb dessen sie wegen Vagheit der Behauptung nicht einschreitet, indem sie als Vergleichsobjekt die Preise sämtlicher Mitbewerber hineininterpretierte 1179.

1174. John F. Trommer Inc., 36 FTC 577, 579-586, 1943

1175. Sears, Roebuck & Co. v. FTC, 258 F 307, 308-309, 7th Circ. 1919

1176. Group Sales Corp., 32 FTC 402, 409, 1941

1177. Southern Art Stone Co., 30 FTC 436, 442-443, 1940

1178. Mc Kesson & Robbins, 30 FTC 275, 286, 1939

1179. § 19.473 Lloyd Hearing Aid Corp., Dkt. C - 1836, 12/28/1970: "prices substantially lower than competitors"

e. Täuschende Werbung mit dem Angebotspreis

Täuschung ist in vielen Variationen auch lediglich durch falsche Bezeichnung des Angebotspreises möglich.

Werden z.B. Einführungsangebote ("introductory offer") abgegeben, darf das Angebot nur über einen bestimmten Zeitraum aufrechterhalten werden 1180.; werden Zwangsverkäufe ("must sell"), Räumungsverkäufe oder sonstige Ausverkäufe angekündigt 1181., dürfen diese nicht nur ein Vorwand zur Preisherabsetzung oder gar eine Vorspiegelung besonders günstiger Preise sein ("sale", "close-out-sale") 1182.

Verboden worden ist auch Werbung, die besonders niedrige Preise unter Hinweis darauf herausstellte, daß die betreffende Ware vom Erstkäufer wegen Vertragsauflösung 1183. nicht abgenommen worden sei ("cancelled order").

f. Wert- und Preisverschleierungen durch Gewährung von Zugaben

(die Spruchpraxis zu "free" im Zusammenhang mit Zugaben)

-
1180. § 17.470 James W. Lint, Dkt. C - 1049, 3/22/1966;
§ 17.382 Precision Equipment Co., Dkt. C - 1017,
11/26/65
1181. American Antimony Co., 52 FTC 630, 632, 1955;
Denning Golden Furs Inc., 52 FTC 456, 458, 1955,
aufgrund Liquidation
1182. Bond Upholstering Co., 57 FTC 376, 379, 382, 1960;
Ed Hamilton Furs, 51 FTC 186, 190, 1954
1183. Southern Piano Co., 54 FTC 640, 642, 1957

aa. Grundsätze

Die Gewährung von Zugaben, deren Erhalt an den Kauf einer anderen Ware gebunden ist, ist nach heutige Spruchpraxis grundsätzlich gestattet, soweit dadurch nicht über den tatsächlichen Preis des gekauften Artikels getäuscht wird oder mit der Zugabe Bedingungen verbunden sind, die einen, wenn auch indirekten Einfluß auf das allein durch den Kaufvertrag konkretisierte Leistungsverhältnis haben und dem Empfänger zusätzliche Leistungsverpflichtungen auferlegen.

In der Werbepraxis wird der Ausdruck " free " sowohl für Werbegeschenke wie auch Zugaben verwandt.

Die Wortbedeutung " free " (ähnliche Bedeutungen " 50 % off ", " buy one - get one free ", " 1 ¢ sale ") führte auch dazu, daß die FTC zeitweise den Ausdruck nur zuließ, wenn es sich um Werbegeschenke handelte. Den diesbezüglichen Verwaltungsrichtlinien von 1948 1184. schloß sich die FTC mit der Entscheidung Book-of-the-Month-Club 1185. mit der Begründung an, daß der Käufer glaube, ohne jeg-

1184. Policy Statement of 1948, 13 Fed.Reg. 414: "that is not in the truth and in fact a gratuity or a gift, or is not given to the recipient thereof without requiring the purchase of other merchandise or requiring the purchase of other merchandise of some service, iniuring directly or indirectly to the benefit of the advertiser"

1185. 48 FTC 1297, 1313, 1952; Commissioner Mead "in the effect of a lottery" ... " a tremendous magnet", aff' Book-of-the-month-Club Co. v. FTC, V S. & C. 508, 511, 2nd Circ. 1963

liche Gegenleistung etwas zu bekommen (" getting something for nothing ") und leitete daraus die Unzulässigkeit her.

Interessanterweise war Verbotgrund während dieses Zeitraums die von der Zugabe ausgehende lotterie-ähnliche Anziehungskraft eines vorgetäuschten Geschenks ("lure theory") 1186. und nicht die Täuschungsgefahr bezüglich einer Gegenleistung, sei es Höhe des Preises oder sonstige Leistungen.

Der Zeitraum von 1948-1953 stellt sich jedoch als Periode dar, welche die kontinuierliche und nahezu ausschließliche Beurteilung täuschender Werbung anhand des Täuschungsstandards lediglich für kurze Zeit unterbrochen hatte. Entscheidendes Kriterium bei der Wertung der Zulässigkeit 1187. ist nach der bekanntesten Entscheidung FTC v. Standard Education Society 1188. die Täuschung über den Wert des gekauften Artikels oder der Zugabe. Sie liegt dann vor, wenn der Wert des " geschenkten " Artikels im Preis für den Artikel enthalten ist, weil aufgrund des so erhöhten Preises eine Täuschung über den tatsächlichen Wert eintritt. So gab die Standard Education Society an, daß Encyclopädie und Loseblattsammlung von ihr zum Preis von \$ 150 - \$ 200 verkauft

1186. George J. Alexander, siehe Anm. 198 . p. 89

1187. Zugaben als solche wurden nicht angegriffen, siehe Chicoppee Medicine, 25 FTC 702, 709-710, 1937; Spanish Diamond Co., 744, 749-750, 1936

1188. 302 US 112, 1937

worden seien, sie aber als besonderes Angebot für die Loseblattsammlung § 69.50 berechne und die Encyclopädie als Zugabe gebe. In Wirklichkeit war im Preis von § 69.50 sowohl der Wert der Encyclopädie wie auch der Loseblattsammlung enthalten 1189.

Diese Entscheidungslinie wurde nach Durchbrechung durch die in der Entscheidung Book-of-the-Month-Club aufgestellte "lure theory" mit einer Abweisung der Klage gegen die Walter J. Black Inc. 1190. fortgesetzt. Dabei wurde die Auffassung über die Maßgeblichkeit der Täuschung über den Wert wieder bevorzugt 1191. und seither in ständiger Spruchpraxis vertreten 1192.

bb. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Werbung mit Zugaben

Die Voraussetzungen für eine Werbung mit dem Ausdruck "free", soweit damit die Gewährung einer Zugabe ausgedrückt werden soll, sind mit den Guides Against Deceptive Pricing von 1964 1193. dahingehend zusammenzufassen: Voraussetzung ist, daß keine Täuschung des Verbrauchers hinsichtlich

1189. siehe Anm. 1188., no. 115, 116

1190. 50 FTC 225, 1953

1191. siehe Anm. 1190., pp. 235-236

1192. Basic Book Inc. v. FTC, VI S. & C. 781, 783, 7th Circ. 1960;

Ray S. Kalwajtys v. FTC, VI S. & C. 72, 75, 7th Circ. 1956;

siehe auch die Guides Concerning the Use of the Word Free and Similar Representations, siehe 16 CFR § 251.1 (b), 12/10/71

1193. 16 CFR § 233. (1964)

seiner Kaufverpflichtung bezüglich des anderen Artikels entsteht; sie wird durch aufklärende Zusätze ausgeschlossen 1194. Eine Täuschung über den Wert des Artikels entsteht dann nicht, wenn keine Erhöhung des regulären Preises des Verkäufers erfolgt, auch keine Herabminderung der Qualität oder Quantität des gekauften Artikels und der Erhalt der Zugabe an keine anderen Bedingungen als die offen gelegte Kaufverpflichtung gebunden ist 1195., soweit über zusätzliche Bedingungen eine Aufklärung erfolgt 1196.

Daß eine Erhöhung des regulären Preises nicht stattfinden darf, ist eine Regel, die leichter ausgesprochen als angewandt wird. Sie umfaßt nur den verhältnismäßig einfachen Fall, daß der Verkäufer einen regulären Preis hat; dessen Erhöhung zeigt dann an, daß die Zugabe nicht kostenlos ist. Läßt sich kein regulärer Preis ermitteln, ist es schwierig festzustellen, ob der Wert der Zugabe im Preis für den Kaufgegenstand enthalten ist.

Wegen zu großer Umständlichkeit werden Vergleiche mit den Preisen anderer Mitbewerber für vergleichbare Waren 1197. nicht mehr gewählt, ebenso nicht Vergleiche des Fertigungsaufwandes 1198. für ange-

1194. § 233.4 (c)

1195. § 233.4 (b); s. 251.1 (b) (1) Guides v. 1971; s. Anm. 1192.

1196. § 233.4 (c); s. 251.1 (c) Guides v. 1971; s. Anm. 1192.

1197. Jonas Schaimuck & Son Inc., 23 FTC 151, 159, 1936; Carlton Mills Inc., 18 FTC 393, 399, 1934

1198. United Tailoring Co., 16 FTC 184, 193, 1932

lich vergleichbare Produkte.

Zur Beurteilung werden Vergleiche dann benützt, wenn zur Herausstellung des Werts der Zugabe auf sie Bezug genommen wurde, etwa in der Form der Behauptung z.B. eines Einzelhandelspreises 1199.; maßgeblich ist dann bereits, daß die im Gegensatz zu diesen Preisen vorgespiegelte Preisersparnis nicht realisiert werden kann. Ein üblicherweise von anderen Mitbewerbern erzielter Preis ist auch dann Kriterium für den Einschluß des Werts der Zugabe im Preis für den Kaufgegenstand, wenn z.B. bei Markenartikeln oder allgemein bekannten Waren, welche zu bestimmten Preisen verkauft werden, wie z.B. hochwertigen Schallplatten, unter Einbeziehung des Werts der Zugabe der Preis im Verhältnis zu den Konkurrenzpreisen überhöht ist. Werden zu diesem Preis die Kaufgegenstände zwar abgegeben, sind sie jedoch von einer minderen Qualität, so steht fest, daß aus der Preisdifferenz für die höherwertige Ware zur minderwertigeren die Kosten der Zugabe ganz oder teilweise getragen werden 1200. Eine weitere Möglichkeit der Preisanalyse sahen frühere Entscheidungen in einer Überprüfung der Produktionskosten und Gewinnspannen 1201. und gelangten so zu

1199. § 17.044, Family Record Plan, Dkt. C - 819, 9/3/64, "\$ 50 retail value";

§ 16.600 Central Sewing Center Inc., Dkt. 8556, 9/20/63

1200. § 17.288 American Music Guild Inc., Dkt. 8550, 7/15/65

1201. siehe C. Read & Co., Inc., 7 FTC 387, 1924

einem Verbot der Werbung mit Zugaben, wenn im Preis sowohl die Kosten für beide Artikel wie auch ein angemessener Gewinn steckten.

Allein die Feststellung, daß die Kosten beider Artikel im Preis enthalten sind, kann dann die Einbeziehung auch der Zugabe in den Preis aufdecken, wenn die Zugaben einen ganz erheblichen Wert aufweisen, der dem des Kaufgegenstandes nahezu gleichkommt 1202. Einkaufspreise und Vertriebskosten können grundsätzlich wesentliche Anhaltspunkte sein 1203. oder auch Verkaufspläne, aufgrund derer sich ergibt, daß beide Artikel kalkuliert sind 1205.

Der Großteil der FTC-Entscheidungen ist, von der Begründung her gesehen, äußerst dürftig: meist wird nur festgestellt, daß es sich in Wahrheit um ein Koppelungsgeschäft handle 1206. oder daß der Preis für die Zugabe im Preis für den Kaufgegenstand enthalten sei 1207.

-
1202. § 17.470 James W. Lint, Dkt. C - 1049, 3/22/66;
§ 18.762 District Credit Clothing & Furniture Inc.,
Dkt. C - 1547, 6/16/69
1203. § 16.805 Around-the-World-Shoppers Club, Dkt. 8460,
3/11/64
1204. § 17.288 American Music Guild, siehe Anm. 1200.
1205. § 18.854 Golden Fifty Pharmaceutical Co. Inc.,
Dkt. 8792, 7/17/69
1206. § 16.451 Volumes in Values Inc., Dkt. C - 507,
6/23/63;
§ 16.483 Robbin Products, Dkt. C - 521, 7/11/63
1207. § 16.582 Majestic Utilities Corp., Dkt. C - 588,
9/27/63
§ 16.646 Parents Magazine Enterprises, Dkt. C - 617,
11/14/63

Auch hinsichtlich der Werbung mit Zugaben ist ständige Spruchpraxis, daß ein bestimmter Preis, zu dem beide Artikel über einen längeren Zeitraum zusammen angeboten worden sind, der reguläre Preis des Verkäufers für beide Artikel ist 1208.

Die Aufklärung über mit dem Erhalt der Zugabe verbundene weitere Bedingungen dient dazu, den Käufer auf eventuelle, auf ihn zukommende weitere finanzielle Verpflichtungen aufmerksam zu machen. Werden kostenlose Filme abgegeben, darf die Entwicklung aber nur bei dem bestimmten Hersteller durchgeführt werden 1209., muß der Käufer nach Rücksendung des Kaufgegenstandes bei Behalt der Zugabe die Postgebühren tragen 1210., verpflichtet er sich zur Überprüfung und Rücksendung 1211. oder muß er als Gegenleistung ihm zugesandte Ware verkaufen 1212., so kann dies einen Einfluß auf seine Gegenleistung haben und erfordert Aufklärung.

Über den Bereich der Täuschung bezüglich des Wertes eines Artikels hinaus fordert die FTC Aufklä-

1208. siehe auch Anm. 1192., Guides Concerning the Use of the Word Free und Similar Representation, § 251. (f) (2)

1209. § 19.840 Film Corp. of America, File No. 652 3277, 11/5/71

1210. Nutri-Health Inc., 59 FTC 1061, 1062, 1961; anders noch Unicorn Press, 47 FTC 258, 276, 1950

1211. § 16.731 Prentice Hall Inc., Dkt. C - 676, 1/24/64

1212. Clear Sight Spectacles Co., 13 FTC 240, 244-245, 1930;

§ 16.749 Wilson Chemical Co. Inc., Dkt. 8474, 2/5/64

rung über jegliche Bedingungen, auch wenn sie hauptsächlich eine Belästigung darstellen, so wenn der Anwärter auf ein kostenloses Produkt sich erst einer Kreditprüfung 1213. oder Verkaufsgesprächen bezüglich wesentlich teurerer Ware unterziehen muß 1214. oder Empfehlungsschreiben als Gegenleistung gefordert werden 1215. Verteidigungsvorbringen des Verkäufers, daß der von ihm abgegebene Einzelhandelspreis beider Waren richtig sei, daß der Käufer bei Wahrnehmung des Geschäfts mit Zugabe eine große Ersparnis realisiere, weiter wenn täuschende Angaben über den Wert des Kaufgegenstandes gemacht werden 1216., oder daß dem Käufer dennoch ein größerer Wert verbleibe als er bezahlt habe 1217., sind erfolglos geblieben. In den Guides Concerning the Use of the Word Free von 1971 1218. finden sich mehrere Ordnungsvorschriften für die Werbung mit Zugaben.

-
1213. § 19.474 Marcor Inc., Montgomery Ward & Co., File No. 702 3060, 2/10/71
1214. § 17.455 Consumer Products of America, Dkt. 8679, 3/8/66
1215. § 19.368 Standard Educators, Dkt. 8807, 10/12/70
1216. General Products Corp., 52 FTC 721, 729, 1966: aff' Ray S. Kalwajtys v. FTC, VI S. & C. 72, 75, 7th Circ. 1956;
der Hersteller warb mit einer Kombination eines Photoalbums als Zugabe zu 10 Gutscheinen für Fotos, diese zum Preis von \$ 39.95. Für die Fotos war später noch pro Stück \$ 1 zu zahlen. Die FTC sah als Kaufgegenstand das Album an; dieses hatte im Einzelhandel einen Preis von \$ 34.50, die Zugabe der Photos war somit im Preis z.T. einbezogen. Die Photos kosteten im Einzelhandel \$ 8 pro Stück, somit \$ 80, so daß der angegebene Einzelhandelspreis von \$ 114.50 erreicht wurde.
1217. Solus Mfg. Co., 4 FTC 317, 1922
1218. siehe auch Anm. 1192., § 251.1 (b)

5. Täuschende Behauptungen über Mitbewerber und deren Waren

a. Begriffe

Die herabsetzende Werbung umfaßt nach der FTC-Spruchpraxis sowohl die persönliche herabsetzende Werbung (" defamation ") wie auch die Herabsetzung der Waren eines bestimmten oder aller Mitbewerber (" disparagement ").

b. Allgemeine Grundsätze der herabsetzenden Werbung

aa. Verbotsgründe

Maßgeblich für die Beurteilung dieser vom Unrechtsgehalt her gesehen eigentlich gegen die Mitbewerber gerichteten Handlungen ist heute die für den Verbraucher bestehende Täuschungsgefahr über die Waren oder den Geschäftsbetrieb von Mitbewerbern. Aus diesem Grund haben sich gegenüber der zivilrechtlichen Entwicklung wesentliche Differenzierungen durch Wegfall des Erfordernisses des konkreten Schadensnachweises und durch Verzicht auf die Feststellung der Willensrichtung des Schädigers ergeben 1219.

1219. siehe hierzu allgemein Notes, Developments in the Law, siehe Anm. I. 21. pp. 893-905.

Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs wegen persönlicher herabsetzender Werbung: kein Nachweis eines materiellen Schadens oder von Bösgläubigkeit, Nachweis der Wahrheit der Behauptung durch den Beklagten. Voraussetzung eines Schadenersatzanspruchs wegen Herabsetzung von Waren: der Anspruch des Geschädigten unterlag hier kaum überwindbaren Beweisschwierigkeiten, der Kläger mußte die Unwahrheit der herabsetzenden Behauptung nachweisen wie auch die Bösgläubigkeit des Beklagten, sowie einen Schaden, wobei der Nachweis eines allgemeinen Umsatzrückganges nicht genügte.

Gerade wegen der Herkunft aus und der Verklammerung mit dem Zivilrecht ist das öffentliche Interesse an der behördlichen Verfolgung dieser Art von Gesetzesverstößen immer wieder bezweifelt worden. Seit der Entscheidung E.B. Muller v. FTC 1220. liegt die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses einmal im Schutz des Publikums vor Täuschung, daneben in der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, der durch unlautere Ausschaltung von Mitbewerbern bedroht ist 1221.

bb. Die Wahrheit der herabsetzenden Werbung als Kriterium ihrer Zulässigkeit (" truth standard ") 1222.

aaa. Der Wahrheitsgrundsatz

Der Gedanke, daß ein Unternehmen zulässigerweise nur mit der eigenen Leistung werben und nicht Nachteile der Person oder der Waren von Mitbewerbern als Vorspann für die eigene Leistung verwenden dürfe, ist in der Spruchpraxis der FTC

1220. 142 F 2nd 511, 520, 6th Circ. 1944

1221. Wegen fehlenden öffentlichen Interesses wies das Gericht in der Entscheidung John Bene & Sons v. FTC, 299 Fed. 568, 472, 2nd Circ. 1924, eine Unterlassungsverfügung gegen herabsetzende Äußerungen zurück, da das Präparat "Daxol" des von der Herabsetzung betroffenen Mitbewerbers in der Zusammensetzung variierte und falsch ausgezeichnet war und schon deswegen das Publikum kein Interesse am Schutz solcher Artikel haben konnte.

1222. siehe allgem. Lawrence D. Gaughan, Advertisements, Which Identify Brand X, A Trialogue on Law and Policy, 35 Fordham L. Rev. 457-459 (1969)

nicht in Betracht gezogen worden.

Die FTC hat für die Beurteilung jeglicher herabsetzender Werbung einen unangefochtenen Grundsatz aufgestellt:

" Verbot nur bei Unrichtigkeit des Vergleichs " .

Dieses Dogma des Zivilrechts wurde der FTC allerdings von den Gerichten aufoktroziert 1223., ohne daß jedoch ein Versuch unternommen worden wäre, dessen Einschränkungen in der Folgezeit zu überwinden. Im Verfahren Philip Carey Mfg. Co. v. FTC 1224. wurde eine Unterlassungsverfügung der FTC 1225. gegen einen Hersteller, der seinem Verkaufspersonal Informationen über die Stellung des Konkursantrags gegen einen Mitbewerber zur Verbreitung gegeben hatte, aufgehoben:

" it was true and we know of no standard of practice which forbids telling the truth, even about a competitor " 1226.

Abwehrvergleiche, die unwahren Behauptungen über Person oder Waren des Betroffenen seitens der Mitbewerber entgegenwirken sollen, dürfen, ungeachtet der Unzulässigkeit des Angriffs, außer wahren, wenn auch negativen Äußerungen keine zusätzlichen unwahren Äußerungen enthalten 1227. Bei Verbindung eines

-
1223. siehe den dissent des Richters Knappen: "method, purpose and motive may well make unfair a comparison which otherwise might not be so ... substantial evidence to drive a competitor out of business has to be shown", siehe Anm. 1124. p. 52
1224. 29 F 2nd 49, 6th Circ. 1928
1225. Philip Carey Mfg. Co., 11 FTC 228, 235, 1927
1226. siehe Anm. 1124. pp. 51-52
1227. Chamber of Commerce of Minneapolis v. FTC, 13 F 2nd 673, 686, 8th Circ. 1928: "respondents have a right to publish and speak the truth, but they cannot legally go further, no matter how great the provocation"

herabsetzenden Vergleichs mit einer Alleinstellungsbehauptung ergeben sich Besonderheiten. Eine unrichtige Alleinstellungswerbung kann einen an sich wahren herabsetzenden Vergleich so beeinflussen, daß auch er täuschend wird.

Der Hersteller des " Segal Pick-Proof Lock " hatte ein Schloß konstruiert, das mit Hilfe gewöhnlicher Dietriche nicht geöffnet werden konnte und deswegen insofern den gegenüber Mitbewerbern behaupteten Vorzug auch besaß. Die Alleinstellungswerbung der beklagten Gesellschaft " only the new Segal Pick-Proof Clylinder cannot be picked open " 1228. war deswegen unzutreffend, weil die Öffnung mittels eines besonderen Spezialwerkzeugs möglich war. Vergleichende Warentests, in deren Verlauf gezeigt wurde, daß die Sicherheitsschlösser von Mitbewerbern geöffnet werden konnten, wurden deshalb verboten. Im Falle der Verbindung einer Alleinstellungsbehauptung mit einem herabsetzenden Vergleich ist auch zu beachten, daß an den Wahrheitsgehalt des herabsetzenden Vergleichs erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Der Spielraum, innerhalb dessen eine Ware noch zulässigerweise angepriesen werden kann, ist größer als derjenige, welcher bei Herabsetzung von Konkurrenzprodukten zur Verfügung steht 1229.

-
1228. Segal Lock & Hardware Co., 34 FTC 1375, 1379, 1387, 1942, aff' Segal Lock & Hardware Co. v. FTC, 143 F 2nd 935, 1944
1229. Moretrench Corp. v. FTC, 127 F 2nd 794, 992, 2nd Circ. 1942

Die Behauptung, die Kochgeschirre des beklagten Unternehmens und die Dampfkochmethode im grundsätzlichen seien gesundheitsfördernder als Kochgeschirre und -methoden der Mitbewerber 1230., mußte dahin spezifiziert werden, daß dies nur bez. eines erhöhten Vitamingehalts zutreffe 1231. Von der Flex-O-Glass Mfg. Co. wurde ein Zusatz gefordert, daß die von ihr behaupteten Vorteile der Benutzung ihrer Glasscheiben in Hühnerhäusern nur dann eintreten konnten, wenn Vitamin D-Mangel bei Geflügel auf die Fütterung zurückzuführen war 1232.

bbb. Einschränkungen der Zulässigkeit wahrer herabsetzender Werbung 1233.

Das Prinzip der unzulässigen werblichen Ausnutzung von Nachteilen in der Person eines Mitbewerbers oder von dessen Waren als Vorspann für die eigene Leistung hat keine direkte Berücksichtigung gefunden. Ein ähnlicher Effekt wird, wenn auch in begrenzterem Umfang, jedoch dadurch erreicht, daß dem in einer herabsetzenden Werbung enthaltenen Wahrheitsgehalt die Rechtfertigungswirkung wegen Irrelevanz versagt wird.

Ohne nähere dogmatische Begründungen werden impli-

1230. Townecraft Industries Inc., 55 FTC 225, 1958

1231. siehe Anm. 1230. p. 227

1232. 45 FTC 462, 474, 477, 1958

1233. siehe allgem. Daniel J. Bau, Truthful Disparagement under the FTCA, 51 TMR 1081, 1095 (1961)

zite Ausnahmen vom Wahrheitsgrundsatz gemacht.
Verboten wird eine herabsetzende Werbung, wenn jede Beziehung der negativen Tatsache zur Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers fehlt oder ihre spätere Auswirkung darauf nicht feststeht. Persönlich herabsetzende Werbung ist außerdem dann unzulässig, wenn die von einem Mitbewerber begangenen Gesetzesverletzungen in der Vergangenheit liegen und dieser sich seither gesetzestreu verhalten hat, insbes. Unterlassungsverfügungen befolgt hat 1234. Wird in der Werbung zulässigerweise auf Verstöße von Konkurrenten hingewiesen, muß der gesamte Inhalt der Unterlassungsverfügungen ohne Kürzungen oder Kommentare des Werbenden gebracht werden 1235. Das Informieren von Kunden über ein gegen Mitbewerber eingeleitetes FTC-Verfahren ist bis zur Entscheidung in der Sache selbst dann beanstandet worden, wenn das Verfahren auf Beschwerde eines Mitbewerbers des Beklagten mit dem Ziel der Verbreitung des Sachverhalts angeregt worden war 1236. Unzulässig sind auch an sich wahre Produktvergleiche, wenn ein tatsächlich vorhandener Nachteil des Konkurrenzprodukts im Verhältnis zum behaupteten Vorteil des eigenen Produkts so geringfügig ist, daß eine Abwertung des Konkurrenzpro-

1234. Lacy Products Corp., 26 FTC 1310, 1311, 1937

1235. Gordon van Tine Co., 1 FTC 316, 318, 324, 1919

1236. United States Product Co., 7 FTC 301, 315, 1924

dukts nicht gerechtfertigt ist, so z.B. wenn geworben wird, daß das eigene Insektenvernichtungsmittel 2 x so schnell wirke wie Konkurrenzprodukte, die Hausfrau den Unterschied jedoch nicht einmal erkennen kann 1237., daß die schmerzlindernde Wirkung schneller eintrete als bei anderen Schmerztabletten, wenn sich dies praktisch überhaupt nicht auswirkt 1238. oder, daß der schädliche Nikotin- und Teergehalt in Zigaretten besonders niedrig sei 1239.

Kann der Nachteil von Konkurrenzprodukten nur in Sonderfällen eintreten, so z.B. wenn die Gebrauchsanweisung nicht befolgt wird, ist Werbung mit den Gefahren eines Konkurrenzprodukts ebenfalls unzulässig 1240.

Unzulässig trotz Richtigkeit ist die Werbung mit Nachteilen des Konkurrenzprodukts, wenn das eigene Produkt die gleichen Nachteile hat.

Verbotsgrund ist sowohl die Täuschung über das eigene Produkt, aufgrund deren sich die Behauptung über das Konkurrenzprodukt als Herabsetzung darstellt, wie auch dann die herabsetzende Werbung selbst.

Untersagt wurden Behauptungen, daß die eigenen Rei-

1237. Bostwick Laboratories Inc., 49 FTC 1230, 1245, 1953

1238. § 16.247 Sterling Drug Co., Dist. 8554, complaint 1/16/63

1239. Lorillard Co. v. FTC, V S. & C. 210, 218-219, 4th Circ. 1950

1240. Bostwick Laboratories Inc., siehe Anm. 1237., p. 1245

- c. Einzelfälle zur Herabsetzung von Waren bestimmter oder sämtlicher Mitbewerber 1252.

Als Besonderheit bei der Auslegung herabsetzender Vergleiche gilt, daß Ungenauigkeiten hinsichtlich der Konkretisierung des Vergleichsobjektes zu Lasten des Werbenden gehen.

Die Werbung der Super-Cold Corp. " Super Cold will operate at least 40 % cheaper than either ice or the usual mechanical refrigerator " wurde verboten, da die FTC der Einwendung, daß der Vergleich nur auf altmodische, mit Eis oder CO 2 betriebene Geräte gemünzt sei, nicht stattgab 1253.

- aa. Erkennbarkeit des von der Herabsetzung seiner Waren betroffenen Unternehmens

Im Hinblick auf ein Verbot spielt es keine Rolle, ob die Bezugnahme auf die Waren eines bestimmten Mitbewerbers erkenntlich ist oder ob nur aufgrund von Schlußfolgerungen zu erkennen ist, welcher Mitbewerber gemeint ist oder ob sich die Behauptung auf die Minderwertigkeit aller Konkurrenzprodukte überhaupt beziehen soll. Hier zeigt sich deutlichst die Abwendung von der unerlaubten Handlung des Zivilrechts und die ausschließliche Maßgeblichkeit der Täuschung der Verbraucher.

Aufgrund dieser simplen Regelung und dem Grundsatz der Beurteilung nach dem Wahrheitsgehalt entfallen

1242. siehe allgem. Michael Wiehen, Wirtschaftswerbung unter herabsetzender Bezugnahme auf Mitbewerber im Wettbewerbsleben der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 86 ff, 1960

1243. 44 FTC 175, 187, 1947

eine andere Schule deshalb nicht als geeignet bezeichnete, weil diese Neger und auch ältere Leute aufnahm, wurde mittels eines Wertungskorrektivs verboten.

Nach Auffassung der FTC konnten diese Tatsachen die Ungeeignetheit des Schulbetriebs nicht begründen 1246.

ccc. Einzelfälle zur persönlichen herabsetzenden Werbung

Unzulässige Behauptungen sind z.B., daß der Mitbewerber sein Geschäft aufgeben mußte 1247., es um seine Finanzlage äußerst schlecht bestellt sei und seine geschäftlichen Erfahrungen nicht ausreichen 1248. oder daß dieser nicht Hersteller sei 1249., wenn dies nicht zutrifft.

Verboten werden neben Äußerungen, die sich auf den Geschäftsbetrieb beziehen, auch solche, welche allein auf die persönlichen Qualitäten abstellen, sofern deren Auswirkung auf die Führung eines Geschäftsbetriebs denkbar ist, so z.B., daß bestimmte Mitbewerber unehrenhaft und unfair seien 1250. Fälle persönlich herabsetzender Werbung sind ständig zusammen mit der Herabsetzung von Konkurrenzprodukten behandelt worden 1251.

1246. 48 FTC 820, 827, 1952

1247. Majestic China Co., 33 FTC 786, 793, 796, 1941;
Holland Furnace Co., 55 FTC 55, 75, 1958

1248. Automotive Voting Machine Corp., 47 FTC 1068,
1080, 1951

1249. Euclid Rubber Mfg. Co., 34 FTC 984, 986, 990, 1942

1250. Keaton Tire & Rubber Co., 5 FTC 335, 342-343, 1922

1251. siehe Anm. 1247. - 1250.

c. Einzelfälle zur Herabsetzung von Waren bestimmter oder sämtlicher Mitbewerber 1252.

Als Besonderheit bei der Auslegung herabsetzender Vergleiche gilt, daß Ungenauigkeiten hinsichtlich der Konkretisierung des Vergleichsobjektes zu Lasten des Werbenden gehen.

Die Werbung der Super-Cold Corp. " Super Cold will operate at least 40 % cheaper than either ice or the usual mechanical refrigerator " wurde verboten, da die FTC der Einwendung, daß der Vergleich nur auf altmodische, mit Eis oder CO 2 betriebene Geräte gemünzt sei, nicht stattgab 1253.

aa. Erkennbarkeit des von der Herabsetzung seiner Waren betroffenen Unternehmens

Im Hinblick auf ein Verbot spielt es keine Rolle, ob die Bezugnahme auf die Waren eines bestimmten Mitbewerbers erkenntlich ist oder ob nur aufgrund von Schlußfolgerungen zu erkennen ist, welcher Mitbewerber gemeint ist oder ob sich die Behauptung auf die Minderwertigkeit aller Konkurrenzprodukte überhaupt beziehen soll. Hier zeigt sich deutlichst die Abwendung von der unerlaubten Handlung des Zivilrechts und die ausschließliche Maßgeblichkeit der Täuschung der Verbraucher.

Aufgrund dieser simplen Regelung und dem Grundsatz der Beurteilung nach dem Wahrheitsgehalt entfallen

1252. siehe allgem. Michael Wiehen, Wirtschaftswerbung unter herabsetzender Bezugnahme auf Mitbewerber im Wettbewerbsleben der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 86 ff, 1960

1253. 44 FTC 175, 187, 1947

die dem deutschen Recht bekannten Differenzierungen wie z.B. die Unterscheidung zwischen unzulässigem herabsetzenden Vergleich und zulässigem Systemvergleich 1254.

Eine direkte Herabsetzung der Waren eines bestimmten Mitbewerbers hat die FTC in zahlreichen Fällen verboten, so z.B. die Behauptungen, das Geschirr eines bestimmten Mitbewerbers 1255. sei von unterdurchschnittlicher Qualität, der von einem bestimmten Unternehmen vertriebene Kaffee aus Chicoreewurzeln enthalte Runkelrübenzucker und Melasse 1256., konkurrierende Reinigungsmittel schädigten Maschinen und Gewebe 1257. oder automatische Wahlzählmaschinen ermöglichten betrügerische Manipulationen 1258.

Ist die Werbung so gestaltet, daß Konkurrenzprodukte zwar nicht ausdrücklich genannt sind, jedoch den angesprochenen Kreisen erkennbar ist, welche Produkte gemeint sind, so wird dies ebenfalls als Herabsetzung bestimmter Mitbewerber behandelt. Im Fall Moretrench Corp. 1259. v. FTC wurden Prospekte verteilt, in denen lediglich Fotos von vier Kon-

1254. siehe Dietrich Reimer, Anm. 914., S. 308 - 314
oder notwendiger Vergleich, S.318 - 320

1255. Majestic China Co., 33 FTC 786, 792-796, 1941

1256. E.B. Muller v. FTC, 142 F 2nd 511, 516, 6th Circ. 1944

1257. E.I. Du Pont de Nemours & Co. Inc., 45 FTC 437, 457, 1148

1258. Automotive Voting Machine Corp., 47 FTC 1068, 1081, 1951

1259. 127 F 2nd 792, 793 2nd Circ. 1942

kurrenzprodukten in vergleichender Darstellung mit dem eigenen Produkt des Werbenden enthalten waren; die angesprochenen Interessenten konnten in den Abbildungen ohne Schwierigkeiten die Produkte " Complete ", " Griffin " und dergleichen der Konkurrenz erkennen. Häufig werden auch Behauptungen beanstandet, die eine Minderwertigkeit sämtlicher Konkurrenzprodukte zeigen wollen, so z.B. " food prepared in aluminum utensils is dangerous to health and causes cancer " 1260., " compare with all other fertilizers ... plants do well, if they absorb 25 % nitrogen and phosphorus ... RX 15 therefore supplies 360 % more food plant " 1261.

bb. Der Nachweis der Unrichtigkeit bei Herabsetzung der Waren

Angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit der wahren vergleichenden Werbung oder sonstiger Behauptungen über Konkurrenzprodukte hat sich die Problematik naturgemäß auf die Frage verlagert, ob die Behauptung wahr ist oder nicht.

Einfach ist die Entscheidung dann, wenn die Unrichtigkeit anhand bestimmter Kriterien festgestellt werden kann, ohne daß eine abwägende Wertung des Produktes erforderlich wird, so z.B.

wenn die angeblich betrügerische Manipulationen zulassende Wahlzählmaschine den gesetzlichen An-

1260. Perma Maid Co. v. FTC, 121 F 2nd 282, 6th Circ. 1941
1261. Garden Research Laboratories, 50 FTC 424, 429, 1953

forderungen entspricht 1262., die angeblich veralteten Geräte offensichtliche Neuerungen aufweisen 1263. oder für die Behauptung der Beklagten keinerlei Grundlage ersichtlich und diese offensichtlich aus der Luft gegriffen ist 1264.

Ist eine besondere Wertung des Produktes erforderlich, kommt es meistens zur Präsentation wider-
sprechenden Beweismaterials. Eine Richtlinie läßt sich dahin aufstellen, daß eine herabsetzende Äußerung über ein Produkt dann verboten wird, wenn die überwiegende Expertenmeinung sie für unrichtig erklärt. Als Beispiel kann der in Perma Maid Co. 1265. zur Beurteilung gestellte Sachverhalt dienen: Als nach dem 2. Weltkrieg Aluminiumgeschirr in größeren Mengen produziert wurde, warnten verschiedene Seiten vor dessen Gebrauch, da durch das Kochen in dieser Art von Geschirr Vitamine und sonstige lebenswichtige Stoffe abgetötet würden und dadurch Krebs verursacht werden könne. Die überwiegende Expertenmeinung hielt diese Befürchtung für abwegig, obwohl zum damaligen Zeitpunkt Sicherheit darüber nicht bestand. Die FTC untersagte den Herstellern von Stahlkochtöpfen, die auf die vermeintlichen Gefahren hinwiesen, die Benutzung der Mindermeinungen in ihrer Werbung 1266.

1262. Automotive Voting Machine Corp., siehe Anm. 1248.

1263. Dictograph Products Inc., 50 FTC 197, 182-183, 1953

1264. Garden Research Laboratories, 50 FTC 424, 431, 1953
"RX - 15 supplies 360 % more plant food"

1265. v. FTC, 121 F 2nd 282, 285, Circ. 1941; Townecraft Industries Inc., siehe Anm. 1228.

1266. Perma Maid Co. v. FTC, Anm. 1265., pp. 283-284

Im übrigen hängt die Entscheidung im Einzelfall praktisch von der Befugnis der FTC ab, sich aus widersprechendem Beweismaterial diejenigen Aussagen und Gutachten herauszusuchen, die die gewollte Unterlassungsverfügung tragen 1267. In der Entscheidung Carter Products Corp. 1268. wurde eine Werbung mit dem Inhalt gestattet, daß Quecksilberchlor enthaltende Produkte im Gegensatz zum eigenen Produkt drastische und gefährliche Abführprodukte seien, obwohl sich in den Tatsachenfeststellungen auch durchaus nicht von der Hand zu weisendes Beweismaterial dafür fand, daß diese Präparate, wenn in kleinen und richtigen Dosen verabreicht, nicht gesundheitsschädlich sind 1269.

In der Entscheidung Moretrench Vo. v. FTC 1270. hielt das Gericht die Unterlassungsverfügung der FTC nur aus Gründen der Unüberprüfbarkeit der von der FTC getroffenen Tatsachenfeststellungen aufrecht, obwohl es selbst den herabsetzenden Vergleich nicht für unrichtig hielt:

" the trade differs as to the value of this feature ... On the record we doubt, whether we should have concluded, that the disparaging statements were misleading ... " 1271.

Hier hatte sich die FTC gerade auf Expertenmeinungen gestützt, die die Konkurrenzprodukte positiv beurteilten und die deswegen herabsetzende Behauptung

1267. siehe ausführlich S. 172

1268. 47 FTC 1141, 1951; 53 FTC 307, 1956

1269. 47 FTC 1141, 1163, 1951 sowie 53 FTC 307, 332, 1956

1270. 127 F 2nd 792, 2nd Circ. 1942

1271. siehe Anm. 1271. p. 794

tungen verboten 1272. Besonders schlecht gefahren in der Spruchpraxis der FTC sind Hersteller von solchen Geräten, die gegenüber den auf dem Markt üblichen Standardgeräten neue Entwicklungen aufwiesen, wenn sie Qualifikationen dieser traditionellen Produkte angreifen wollten. Die Dewberry Engraving Co. 1273. behauptete, daß die bisher im Industriezweig verwandten Verfahren veraltet und deswegen zu teuer seien. Die FTC untersagte diese Herabsetzung mit der Begründung, daß die branchenüblichen Maschinen nicht als veraltet bezeichnet werden könnten. In der Entscheidung Super-Cold Co. 1274. hatte die beklagte Gesellschaft die konkurrierenden Kühlschränke als Fehlschlag bezeichnet und weiter behauptet, daß sie für die Frischhaltung von Frischfleisch fallen gelassen worden seien.

Die FTC verbot die herabsetzende Werbung, da Kühlschränke dieses Systems in vielen Kühlhäusern gebraucht wurden und neben bekannten Schwierigkeiten in der Anwendung auch einige Pluspunkte aufweisen konnten.

Wenn auch die beiden genannten Entscheidungen als Statuierung eines Erfordernisses der Sachlichkeit gewertet werden können, liegt darin

1272. 28 FTC 297, 303-305, 1939

1273. 29 FTC 1078, 1081-1085, 1935

1274. The Super Cold Corp., 44 FTC 175, 189, 1947; siehe auch die Entscheidung E.I. Du Pont de Nemours & Co., Inc., 45 FTC 437, 457, 1948, wo festgestellt wurde, daß die Konkurrenzprodukte "Kolene-C" und "Kolene-T" jedenfalls keine ungewöhnlichen oder erheblichen Schäden verursachten und seit langem mit Erfolg angewendet wurden.

nicht ihre ausschließliche Bedeutung. Sie sind auch Beweis für die Tendenz eines Schutzes von Standardprodukten ohne genaue Abwägung im Beweismittel. Anstatt mit der nachweisbaren Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer herabsetzenden Äußerung hat sich die FTC auch einmal mit dem Vorliegen der mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit des Bestehens des Nachteils eines Konkurrenzproduktes begnügt.

Das Verbot der Werbung der International Parts Corp. 1275. " Warning! To protect yourself against leaking carbon monoxide gas, be sure that your muffler is made with continuous electric welded seams throughout, not locked, crimped or spot-welded " 1276., sowie der weiteren Behauptung, daß der Gebrauch von Konkurrenzprodukten gefährlicher in Bezug auf eine Kohlenmonoxidvergiftung sei, war nur in dem Umfang gerechtfertigt, in dem Konkurrenzprodukte nicht perfekt hergestellt waren 1277. Aufgrund der verschiedenen Verfahrensweisen bei der Herstellung bestand jedoch eine größere Wahrscheinlichkeit für die Sicherheit der Ausführung der Produkte der Beklagten.

1275. International Parts Corp. v. FTC, 133 F 2nd 883, 884, 7th Circ. 1943

1276. siehe Anm. 1275., p. 884

1277. p. 885

6. Die Täuschung über die Herkunft der Ware aus einem anderen Unternehmen (" passing off ")

a. Allgemeine Grundsätze

Unter dem umfassenden Begriff des " passing off " 1278. verbietet das amerikanische Recht jede direkte Übernahme oder verwechslungsfähige Benutzung fremder Kennzeichen sowie eine direkte Übernahme oder verwechslungsfähige Gestaltung einer Ausstattung sowie eine Nachahmung der Ware, soweit dadurch eine Irreführung über den Hersteller des Artikels entsteht.

Nicht in den Zuständigkeitsbereich der FTC 1279. fällt also die Verletzung von Kennzeichenrechten oder von Rechten an einer Ausstattung, wenn dadurch keine Täuschung über die betriebliche Herkunft des Artikels eintritt. Weil aber selbst bei Irreführung des Publikums oder die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen auch eine Zeichenverletzung vorliegt 1280., ist die Tätigkeit der FTC auf diesem Gebiet, das zu einem Teil eindeutig dem Privatrecht 1281. zugehört, immer

1278. siehe Anm. 915., S. 122

1279. siehe hierzu insbes. die Ausführungen über das öffentliche Interesse als Zuständigkeitsvoraussetzung, S.48-50

1280. Es handelt sich um einen Grenzfall zwischen Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, wobei Klagen sowohl auf eine Verletzung des Warenzeichenrechts wie auch auf unlauteren Wettbewerb gegründet werden können, siehe hierzu H. Trumpler, Unlauterer Wettbewerb und Antitrustrecht in den Vereinigten Staaten in Amerika, S. 15-17, 1944

1281. Milton Handler, Unfair Competition, XXI Iowa L. Rev. 175, 182-187, 1936, Schutz von Vermögensrechten und vor Rufausnutzung

in Frage gestellt worden 1282.

Die Zuständigkeit der FTC wurde jedoch in ständiger Spruchpraxis bestätigt 1283.

Den Umfang der Schutzfähigkeit der geschäftlichen Kennzeichen hat die FTC weitgehend aus dem Zivilrecht übernommen. Warenzeichen haben im Gegensatz zu Geschäftsbezeichnungen, Firmennamen oder Ausstattungen Ausschließlichkeitwirkung gegenüber jedermann. Damit letztere überhaupt als Eigentumsrechte Schutzfähigkeit erlangen, müssen sie Verkehrsgeltung haben (" secondary meaning ") 1284.

b. Irreführung über den Hersteller durch direkte Übernahme eines Warenzeichens oder sonstigen geschäftlichen Kennzeichens

aa. Übernahme des Warenzeichens oder einer sonstigen geschäftlichen Bezeichnung eines bekannten Mitbewerbers

Der erheblichere Bekanntheitsgrad des Mitbewerbers, dessen Warenzeichen übernommen wird, ist Voraussetzung für die Annahme einer Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware.

-
1282. Gerard C. Henderson, siehe Anm. I. 7. pp. 174, 175, 228; French, The Public Interest and the FTC, 49 Minn.L.Rev. 539, 545 (1965)
1283. FTC v. Balme, 32 F 2nd 615, 621, 2nd Circ. 1928; Pep Boys, Manny, Moe & Jack v. FTC, 122 F 2nd 158, 161, 3rd Circ. 1958
1284. siehe dazu im einzelnen Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 77.1, p. 337, § 77.3, p. 349, § 77.4 (d) pp. 380-384 (3rd ed. 1969)

Bei sonstigen geschäftlichen Kennzeichen wird im Regelfall das Vorliegen der zur Erlangung der Schutzfähigkeit notwendigen Verkehrsgeltung auch den erforderlichen Bekanntheitsgrad indizieren. Damit wird mangels anderweitiger Qualifizierung die Täuschung über die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen begründet. Im Hinblick auf die objektive Komponente der erforderlichen Verkehrsgeltung wird im Täuschungsfall verlangt, daß aufgrund einer starken Werbetätigkeit über einen längeren Zeitraum oder einer Benutzung über einen längeren Zeitraum die Verbraucher das Zeichen mit dem Produkt oder dem Unternehmen des Mitbewerbers assoziieren. Die FTC umschreibt diesen Bekanntheitsgrad mit " well-known " 1285., oder " widely known " 1286. Dies ist vor allem für allgemein bekannte Firmenbezeichnungen wie " Hoover " 1287., " General Electric " 1288., " Bausch & Lomb " 1289., oder " General Motors " 1290., entschieden worden.

Die subjektive Komponente der Verkehrsgeltung setzt voraus, daß eine Bevorzugung der Waren des bekannteren Mitbewerbers feststellbar ist (preference ") 1291., oder auf eine Qualität beruhende

-
1285. Sorite Sewing Machine, 49 FTC 1323, 1332, 1953 ("Admiral"); Pickow Distributing Corp., 50 FTC 783, 786, 1954 ("Hoover")
1286. Logan-Cache Knitting Mills, 34 FTC 774, 1942
1287. Pickow Distributing Corp., siehe Anm. 1285.
1288. Eastern Metal Products Corp., 55 FTC 1547, 1548, 1959
1289. Dr. Ritholz & Son., 50 FTC 184, 192, 194, 1953
1290. Tungsten Contact Mfg. Co., 49 FTC 1198, 1214, 1220, 1953
1291. Sorite Sewing Machine, siehe Anm. 1285., p. 1333

Wertschätzung (" acceptance ", " favourably known ") 1292., bei einem wesentlichen Teil der Verbraucher 1293.

bb. Erfordernis der Warengleichartigkeit

Warengleichartigkeit ist nicht erforderlich, um zu einer Herkunftsverwechselbarkeit zu kommen 1294., lediglich die Möglichkeit einer Täuschungsgefahr wird von dem geringeren oder größeren Grad der Warennähe bestimmt.

Je näher sich die Warengattungen stehen, desto eher gelangt man zur Täuschung über die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen. In der Entscheidung FTC v. Real Products 1295., wurde festgestellt, daß bei direkter Übernahme bei ähnlichen Warengattungen eine Täuschung unvermeidbar sei. An sich nicht ähnliche Warengattungen können auch vom Gebrauchszweck her gesehen ähnlich sein 1296., so z.B. Silbergegenstände und Ton- und Porzellangeschirr. Bestimmend ist auch oft das verwendete Grundprodukt; " Goodyear ", Firmenname eines bekannten Reifenherstellers, kann nicht für Gummi-

-
1292. Champion Battery Co., 34 FTC 433, 445, 446, 1941
1293. § 17.060 Emmes Sales Co. Inc., Dkt. C-829, 9/19/64
1294. Das Erfordernis der Warengleichheit wurde auch im Lahnham Trade Mark Act aufgegeben, § 32 (a)(1) 15 U.S.C. sect. 1114 (1), siehe auch schon frühere Entscheidung Walls v. Rolls Royce of America, 4 F 2nd 333, 3rd Circ. 1925
1295. 90 F 2nd 617, 619, 2nd Circ. 1937
1296. Atlas Globe China Co., 39 FTC 54, 55, 1944

mäntel eines anderen Herstellers verwandt werden 1297.

Bei nicht mehr vergleichbaren Warengattungen, die vom Verbraucher noch nicht einmal möglicherweise derselben Quelle zugeschrieben werden, führt oft der hohe Bekanntheitsgrad der Bezeichnung dennoch zur Täuschung. Dies kann aber nur für berühmte oder allgemein bekannte Bezeichnungen gelten. " Waltham ", Firmenname eines in ganz USA bekannten Uhrenherstellers, wurde für Füllfederspitzen verboten 1298., oder " Gillette " für Radios 1299. In der bekannten Entscheidung Pep Boys, Manny, Moe & Jack v. FTC 1300., wurde ohne jegliche Erörterung der Warengleichheit die berühmte Waren- und Firmenbezeichnung " Remington " verboten, da berühmte Firmen sie als geschäftliches Kennzeichen führten.

cc. Einzelfragen der Herkunftsverwechselbarkeit

Die FTC hat hinsichtlich der Frage, ob Täuschungsgefahr im Hinblick auf die Herkunft aus einem anderen Unternehmen besteht, einerseits keine besonderen Maßstäbe des Täuschungsstandards herausgebildet, wie das diesem zivilrechtlich orientierten Gebiet angemessen gewesen wäre, andererseits in nur

-
1297. Rettinger Raincoat Mfg. Co., 53 FTC 132, 133, 1956;
§ 17.916, Dkt. 6534, 4/7/67, Antrag des Beklagten auf
erneute Eröffnung des Verfahrens abgelehnt, dissent von
Commissioner Elman wegen fehlenden öffentlichen Interesses.
1298. Howard Hunt Pen Co., 47 FTC 1171, 1180, 1952
1299. Stip. 1921
1300. 122 F 2nd 158, 160, 3rd Circ. 1958

eindeutigen Fällen untersagt, so daß keine Probleme entstanden sind. Die Täuschungsgefahr wird durch geringfügige Änderungen eines Gesamttextes 1301., oder durch ungenügend erkennbare Zusätze 1302. nicht wirksam ausgeschlossen. Irreführend ist die besondere Herausstellung eines bekannten Firmennamens dann, wenn nur ein Einzelteil hergestellt wird 1303. oder nur eine bestimmte Herstellungsstufe vollendet wird 1304.

Bei Irreführung über einen Unternehmenszusammenhang ist es nicht erforderlich, daß das Publikum aufgrund der Übernahme des Warenzeichens oder der Übernahme der sonstigen geschäftlichen Bezeichnung die Ware einem verschiedenen Unternehmen zuordnet; es genügt, wenn die Vermutung eines Unternehmenszusammenhangs 1305. organisatorischer und wirtschaftlicher Art begründet wird.

-
1301. Associated Products Co., 34 FTC 932, 941, 1942, "Guaranteed 100 % Pure Pennsylvania Oil", anstatt "Spec.No." "Permit No."
1302. Prudential Sales Corp., 30 FTC 1180, 1193, 1940, "Packard" mit Bild eines bekannten Elektrorasierers dieses Namens, darunter "combination Pen and pencil"
1303. Niresk Industries v. FTC, VI S. & C. 727, 735, 7th Circ. 1960
1304. Stip. 8061, Ferngläser mit Zeichen "Bausch & Lomb", wenn nicht Einzelteile in diesem Werk zusammengesetzt, verboten. Weiterer Fall: Verpackung mit Produkten bekannter Hersteller unter alleiniger Herausstellung deren Bezeichnung, Weingeroff & Son., 55 FTC 1879, 1880, 1959
1305. Atlas Globe China Co., 39 FTC 54, 55 1944: "that respondents have an interest in, form a part of or have any connection ..."; Sorite Sewing Machine Corp., 49 FTC 1323, 1332, 1953: "that their sewing machines were manufactured by or connected in some way with the well and favourably known firm ..."

c. Die Benutzung verwechslungsfähiger Warenzeichen
oder sonstiger geschäftlicher Bezeichnungen

aa. Die Zeichenverwechselbarkeit

Bezüglich der Beurteilung der Zeichenverwechselbarkeit gelten generell auch die von der FTC herausgebildeten Grundsätze zum Täuschungsstandard: Beurteilung nach dem Gesamteindruck sowie dem niedrigen Intelligenzgrad.

Das bereits angedeutete Problem der mangelnden Eignung dieses administrativen Standards für die Behandlung auch der zivilrechtlichen Probleme hat ein hearing examiner in einer vorläufigen Entscheidung herausgestellt: das Publikum könne nicht von jeder Verantwortlichkeit, den Hersteller einer Ware zu identifizieren, befreit werden 1306.

Ansonsten verbietet die FTC auch hier Bezeichnungen, die nach Klang, Bild oder Sinn verwechslungsfähig sind, " Hormelton " mit " Hamilton " 1307., " Juvenile Shoe Co. " mit " Juvenile Shoe Corp. " 1308., " Logan Knitting Mills & Garment Co. " mit " Logan - Cache Knitting Mills " 1309., " Guerlain "

-
1306. § 17.953 L'Argène Products Co., Dkt. 8717, 5/19/67; die Buchstaben "A" (Hinweis auf das Parfum Arpège) und "C" (Hinweis auf Chanel) zugelassen, wenn wirklicher Hersteller angegeben wurde. Anders noch die Entscheidung Frank P. Becher Inc., 59 FTC 843, 845-846, 1961.
1307. § 18.178, Capitol Mfg. Corp., Dkt. 8748, 11/21/67
1308. Juvenile Shoe Co. v. FTC, 289 Fed. 57, 58, 9th Circ. 1923
1309. Logan-Cache Knittings Mills, 34 FTC, 778-782, 1942

mit " Guerlin " 1310., und " Jaeger Shop Co. "
mit " Jaeger Co. Ltd. of London " 1311.

Verwechslungsfähigkeit nach dem Sinn ist gegeben,
z.B. zwischen " intoxication " und " sensation "
für ein Parfum 1312. oder " twilight in Paris "
und " evening in Paris ".

Die Entscheidungen machen keinen Unterschied zwischen Verwechslungsgefahr im engeren und weiteren Sinn, auch wenn die Fälle Anlaß zu einer solchen Differenzierung geben könnten, so z.B. " Underwood Pen Co. " und " Underwood Typewriter Co. " 1313. oder " Who's Who in Poetry in America " und " Who's Who in America " 1314.

bb. Das Erfordernis der Warengleichartigkeit

Warengleichartigkeit ist auch hier zur Herbeiführung einer Herkunftsverwechselbarkeit nicht erforderlich, es gelten im allgemeinen die gleichen Grundsätze wie bei der direkten Übernahme einer Bezeichnung. Im Bereich der im engeren Sinn verwechslungsfähigen Bezeichnungen findet sich keine Entscheidung, in der ein Verbot bei Warenungleichartigkeit ergangen ist. Eine Begrenzung auf Fälle der Warengleichartigkeit oder zumindest - Ähnlichkeit ist jedoch nicht ausdrücklich ausgesprochen worden 1315.

1310. Arthur Guerlin Inc., 17 FTC 59, 63, 1932

1311. Jaeger Shop Co., 40 FTC 423, 425, 1945

1312. Mail Today Co., 50 FTC 987, 990, 1954

1313. Grodin Pen Co., 43 FTC 672, 1946

1314. Who's Who Publishing Co., 43 FTC 93, 108-109, 1946

1315. siehe die Entscheidungen zu Anm. 1307. - 1312.

d. Die Verwendung einer gleichen oder verwechslungsfähigen Ausstattung als Irreführung über die Herkunft aus einem anderen Unternehmen (" trade dress ")

aa. Besondere Voraussetzungen der Schutzzfähigkeit
Schutzvoraussetzung im Zivilrecht ist eine ausreichende Kennzeichnungskraft 1316., sowie eine Verkehrsgeltung (" secondary meaning ") für ein bestimmtes Unternehmen, an deren Vorliegen heute geringere Anforderungen gestellt werden als beim Erwerb der Schutzzfähigkeit bei sonstigen geschäftlichen Kennzeichen und Warenbezeichnungen 1317. 1318.

Der notwendige Grad von Verkehrsgeltung ist dann zweifellos erreicht, wenn die Ausstattung allgemein bekannt (" nationally known " 1319.) (" nationwide popularity " 1320.) ist. Als Nachweis einer ausreichenden Verkehrsgeltung werden Werbeaktionen einer für besondere Qualitätskontrollen bekannten Herstellergenossenschaft 1321.,

-
1316. dies verlangt auch die FTC: Associated Products Co., 34 FTC 932, 940, 1942
1317. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. I. 21. p. 915, das Erfordernis des "secondary meaning" ist infrage gestellt worden.
1318. Ob es sich um die Übernahme oder die verwechslungsfähige Benutzung nicht funktioneller Merkmale handeln muß, ist im Zivilrecht strittig, siehe Anm. 1317.
1319. New English Collapsible Tube Co., 22 FTC 109, 111, 1936
1320. Giraux Co., 38 FTC 420, 425, 1942: Ausstattung der Lea & Perrins Worcester Sauce
1321. Associated Products Co., 34 FTC 932, 940, 1942

nationale Werbekampagnen 1322., oder bereits längere Benutzungsdauer 1323. zugelassen. Eine Spezifizierung des notwendigen Grades an Verkehrsgeltung ist dabei nicht erfolgt.

Der Verbraucher muß die Ware aber auch gerade wegen seiner Vorstellung über den Hersteller kaufen (" source motivation ") 1324. Zum Nachweis dieser Tatsache stellt die FTC lapidar fest, daß das Publikum die betreffende Ware bevorzuge (" preference ") 1325., oder auf eine Qualität beruhende Wertschätzung habe (" acceptance ") 1326., oder ganz einfach, daß eine erhebliche Nachfrage feststellbar sei (" substantial demand ") 1327. 1328.

bb. Die Verwechslungsfähigkeit der Ausstattungen

Die FTC hat in diesem Bereich nur die Übernahme bzw. verwechslungsfähige Benutzung ähnlicher ästhetischer Merkmale (" nonfunctional elements ") verboten. Um zu einer Verwechslungsfähigkeit der Ausstattung selbst zu gelangen, müssen die einzelnen

-
1322. Syndee Inc., 54 FTC 139, 144, 147, 1957
1323. Marlboro Laboratories, 32 FTC 1114, 1026, 1941
1324. Ein Erfordernis des Zivilrechts, dessen Gültigkeit aber auch nicht unbestritten ist.
Crescent Tool Co. v. Kilborn & Bishop Co., 247 Fed. 299, 300, 2nd Circ. 1917; Hygienic Speciality Co. v. H.G. Salzman Inc., 302 F 2nd 614, 619-620, 2nd Circ. 1962, siehe hierzu Notes, Developments in the Law, s. Anm. I. 21.
1325. Giroux Co., 35 FTC 420, 425, 1942
1326. Syndee Inc., 54 FTC 139, 144, 1957 (zusammen mit "preference")
1327. Marlborough Laboratories, 32 FTC 1041, 1026, 1941; Associated Products Co., 34 FTC 932, 940, 1942
1328. Es handelt sich um untechnische Ausdrücke, Schwierigkeiten der Beweisführung sind bisher noch nicht aufgetreten.

dazugehörigen Elemente wie Beschriftung, Farbgebung, Form und Größe der Verpackung sowie Liniengebung einander stark angenähert sein 1329. In mehreren Fällen sind auch zusätzlich die Warenzeichen oder Warenbezeichnungen verwechslungsfähig gewesen 1330. Geringfügige Abweichungen bei einem Einzelelement schaden nicht, wenn der täuschende Gesamteindruck erhalten bleibt.

e. Schutz gegen Verwässerungsgefahr (" dilution ") ?

Der Schutz gegen Verwässerungsgefahr beinhaltet hauptsächlich den Schutz eines erworbenen Besitzstandes vor Beeinträchtigungen 1331. Mit dem Schutz des Publikums hat er deshalb weniger zu tun, so daß von diesem Aspekt her gesehen die Tätigkeit der FTC nur mühsam begründet werden könnte.

-
1329. FTC v. Balme, 23 F 2nd 615, 619, 2nd Circ. 1928; Giroux Co., siehe Anm. 1325., p. 425, New English Collapsible Tube Co., 22 FTC 109, 111, 1936; Syndee Inc., siehe Anm. 1326., p. 144
1330. FTC v. Balme, "L'Oréal Henné" und "Henna D'Oréal"; Syndee Inc., siehe Anm. 1329.; New English Collapsible Tube Co., siehe Anm. 1329.
1331. so für das deutsche Recht siehe Reimer, siehe Anm. 915., S. 145; zubeachten ist, daß im amerikanischen Recht das Erfordernis der Gleichartigkeit bei Warenzeichen und Ausstattungen weitgehend entfällt, sowie bei Firmennamen und Geschäftsbezeichnungen das Erfordernis der Branchennähe aufgelockert ist; siehe hierzu im deutschen Recht Reimer, S. 147. Der Schutz gegen Verwechslungsgefahr geht damit weiter als im deutschen Recht, endet aber auch dort, wo die Waren unter Berücksichtigung von Ausdehnungstendenzen nach vernünftiger Auffassung nicht mehr aus ein und demselben Geschäftsbetrieb stammen können, Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 84.2., pp. 954-955 (3rd ed. 1969)

Die FTC hat sich mit diesem auch im Zivilrecht äußerst umstrittenen Problem 1332. wohl auch mit aus diesen Gründen nicht auseinandergesetzt. Die Entscheidung Pep Boys, Manny, Moe & Jack v. FTC 1333. könnte als Andeutung eines Schutzes gewertet werden. Ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Verwechslungsgefahr bezüglich der gegebenen Waren wurde die eigentliche " Täuschung " des Publikums in dem Anreiz zum Kauf gesehen, den die Verwendung des in mehreren Branchen von bekannten Firmen benützten Warenzeichens oder der Firmenbezeichnung " Remington " auslösen konnte:

" when petitioner took an extensively advertised and well known name and placed it upon its radio receiving sets, it did so, because the name had in its opinion certain intangible qualities which would promote the sales and we must conclude, that it was selected because of contemplated advantage by lessening the business of present or potential competitors ... " 1334.

Die Entscheidung ist jedoch weniger als Anerkennung eines Schutzes gegen Verwässerungsgefahr zu werten

-
1332. Es gibt keinen bundesrechtlichen Schutz gegen Verwässerungsgefahr - Walter J. Derenberg, the Problem of Trademark Dilution and the Antidilution Statutes, 44 Calif. L. Rev. 439, 523-524 (1956). Siehe hierzu auch den bereits 1937 erschienenen Artikel von John Wolff, Non - Competing Goods in Trademark Law, 37 Col. L.Rev. 582, 602 (1937), der unter Hinweis auf Frank I. Schechter, the Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv.L.Rev. 812 (1927), auf die abweichende deutsche Rechtslage aufmerksam machte.
1333. 122 F 2nd 158, 3rd Circ. 1958
1334. siehe Anm. 1333. p. 160

als eine verunglückte Formulierung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung von eigentlich dem Zivilrecht zugehörigen Rechtsstreitigkeiten 1335.

- f. Nachahmung eines Produkts unter Irreführung über den wirklichen Hersteller (" product imitation "),
(" product simulation ")

Hier existieren nur einige wenige Entscheidungen aus den Anfängen der FTC-Spruchpraxis, die für die Beurteilung heute keine geeignete Grundlage mehr abgeben. Ohne Rücksicht darauf, ob technische oder ästhetische Merkmale der Ware 1336., 1337. imitiert wurden, hat die FTC sklavische Nachahmung für unzulässig erklärt.

In der Entscheidung M.F. Skidmore Co. z.B. hatte die beklagte Gesellschaft nach Ablauf eines Patents für eine Tintenfüllvorrichtung sowohl die-

-
1335. Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 94.3 (c) p. 466, Footnote 58 (3rd ed. 1970) bringt dies auch bei der Behandlung der Voraussetzungen des öffentlichen Interesses; auch die Entscheidung selbst begründet mit diesem Zitat das öffentliche Interesse. In der Entscheidung vor der FTC in Automatic Radio Mfg. Co. Inc., in den Warengattungen begründet: "among such competitors are legal owners of the name "remington" who use said name as a mark to identify products like or similar to those sold by respondents ..."
1336. siehe bezüglich dieses Streitpunkts, Notes, Developments in the Law, siehe Anm. I. 21. pp. 912-913
1337. Unter Anwendung der "misappropriation doctrine" kann auch Schutz wegen Nachahmung technischer Merkmale gewährt werden, Praxis vor der Entscheidung in Sears/Compco, siehe Michael H. Ahrens, the Misrepresentation Doctrine After Sears-Compco 59 TMR 88, 101-113 (1968)

ses konstruktive Merkmal eines Füllers übernommen als auch Füller und Feder in Form, Größe und gesamten Erscheinungsbild inklusive Warenzeichen nachgeahmt 1338.

Die Warewell Co. gab eine Bücherserie heraus, wobei die Einbandgestaltung, Größe und Autorenauswahl von einem Wettbewerber übernommen wurde 1339.

Jedoch auch die Anwendbarkeit der Grundsätze dieser wenigen Entscheidungen ist seit dem dictum des Supreme Court in Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co. 1340. und Comco Corp. v. Day Brite Lightning Inc. 1341. infrage gestellt 1342. In diesen Fällen ist die Nachahmung von Konkurrenzprodukten, die nicht unter Sonderschutz stehen, erlaubt worden 1343. Soweit jedoch eine Irreführung über den Hersteller der Ware erfolgt, bleibt die Nachahmung als "passing-off" unzulässig:

" if copying is found, other than by an inference arising from the mere fact of copying, to have been undertaken with the dominant purpose and effect of palming off one's goods as those of another or of confusing customers as to the source of such goods ... no reason why the state may not impose reasonable restrictions in the future on "copying" itself " 1344.

1338. 8 FTC 187, 189, 1924

1339. 5 FTC 294, 296, 301, 1922

1340. 376 US 225, 1964; Nachahmung von Lampen

1341. 376 US 234, 1964; Nachahmung eines Reflektors für fluoreszierendes Licht

1342. Derenberg, Product Simulation, a Right or a Wrong; 64 Col.L.Rev. 1192, 1203-1208, (1964)

1343. siehe § 7785 Trade Regulation Reporter

1344. Sears, Roebuck & Co. v. FTC, siehe Anm. 1340., p. 232, concurring opinion Justice Harlan

Die Mehrheitsentscheidung sieht jedoch in der über den Hersteller aufklärenden Beschriftung einen Ausweg 1345.

Selbst bei Anwendung beider Gesichtspunkte dürfte auch die Entscheidung Independent Directory Corp. v. FTC 1346. nicht überholt sein. Darin wurde dem beklagten Unternehmen verboten, Eintragungen, welche von Firmen bei Adressbuchverlagen in Auftrag gegeben wurden, diesen Auftraggebern zwecks Erlangung eigener Druckaufträge zuzusenden, weil aufgrund der bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen die Vermutung begründet wurde, es handle sich um den ersten Auftragnehmer.

- g. Verwendung oder Nachahmung von Werbemaßnahmen von Mitbewerbern unter Irreführung über den Hersteller
Im selben Zwiellicht erscheinen jetzt Entscheidungen der FTC 1347. bezüglich der Nachahmung von Werbeslogans und anderen Maßnahmen von Mitbewerbern. Bestand haben wohl die Verbote, in denen es um eine Irreführung über den Hersteller ging. Dies gilt z.B. für die Entscheidung Ethylene Sales Co. 1348., wo Werbeslogans, Werbematerial und besondere Geschäfts-

1345. Justice Black, siehe Anm. 1340., p. 232

1346. V S. & C. 277, 280, 3rd Circ. 1953

Nur das Ausschneiden fremder Werbeanzeigen und deren Vorlage beim potentiellen Auftraggeber ohne Herkunftsverwechselbarkeit ist für zulässig gehalten worden.
Industrial Directory Publishers, 51 FTC 48, 49-50, 1954

1347. siehe S. 401

1348. 13 FTC 269, 271, 275, 1930

abzeichen nachgeahmt wurden und damit eine Täuschung über den Hersteller gegeben war. Fälle der Übernahme von Werbematerial wurden sowohl unter dem Gesichtspunkt der Nachahmung wie auch des " passing-off " verboten 1349.

7. Verkaufsfördernde Maßnahmen (" sales promotions ")

a. Lockvogelangebote mit bestimmten Waren, in der Absicht, andersartige Produkte zu verkaufen (" bait & switch advertising ")

aa. Anwendungsfälle von Verboten

Diese Art der Werbung hat in den letzten Jahren überhand genommen 1350.; ihre Gefährlichkeit liegt in der Schwierigkeit, die Täuschung zu durchschauen. Die ungesetzliche Handlung setzt sich aus zwei Komponenten zusammen: Anlockung des Käufers durch ein besonders günstig erscheinendes Angebot (" bait ") und dessen Veranlassung zum Kauf eines meist teureren, andersartigen Artikels (" switch ") 1351. 1352. in der von vorneherein gefaßten Absicht, nur diesen

-
1349. Geographical Publishing Co., 1 FTC 235, 238-240, 1918; Eskay Harris Feature Film Co., 5 FTC 219, 221, 1922 unter implizierter Anwendung der Grundsätze in "INS"; Int'l News Service v. The Associated Press, 248US 242, 1918
1350. siehe hierzu Everette Mac Intyre, Joachaim J. Volhard, the FTC, siehe Anm. II.90. FTC, Economic Report on Food Chain Selling Practices in the District of Columbia and San Francisco, 5 (1969)
1351. § 73.417 Tashoff v. FTC, 1972 Trade Cases, D.C. Circ. 1971
1352. siehe Guides against Bait Advertising, 16 CFR § 238. (1969); Earl W. Kintner, Advertising at the Crossroads, Speech before the better Business Bureau of Louisville, 12/4/59

zu verkaufen.

Die hinsichtlich des Lockartikels fehlende Verkaufsabsicht kann durch die Feststellung nachgewiesen werden, daß die Lockware überhaupt nicht oder in unzureichenden Mengen vorhanden ist 1353., der Verkäufer die Lockware herabsetzt 1354. oder ausdrücklich zum Kauf eines anderen Artikels rät 1355. oder für den Lockartikel keine Garantie übernommen wird 1356.

Die mit der Befragung von getäuschten Verbrauchern verbundenen Beweisschwierigkeiten ersetzt die FTC dadurch, daß sie die in der Werbung gemachten Angaben mit den Aufzeichnungen über getätigte Verkäufe vergleicht 1357. Finden nur minimale Verkäufe zum angebotenen Preis statt, verschiebt sich die Beweislast für die Tatsache, daß genügend Waren zum geworbenen Preis vorhanden gewesen waren, auf das beklagte Unternehmen 1358.

- bb. Die Abgrenzung zum zulässigen Lockvogelangebot
(" leader " - " loss leader ")

Es handelt sich dabei um besonders preisgünstige Angebote, mit denen nur das Element der Anlockung
(" bait ") verwirklicht wird, die angebotene

-
1353. Samuel A. Mannis & Co. v. FTC, 293 F 2nd 773, 777, 778, 9th Circ. 1961
1354. Hillyard Optical Co., 40 FTC 340, 348, 1945
1355. Household Sewing Machine, 52 FTC 250, 262-264, 1955
1356. Earl A. Scheib Inc., 63 FTC 1049, 1052-1053, 1963
1357. § 17.714 New York Jewelers Corp., Dkt. 8714, 8/29/66
1358. aff' sub nom. Tashoff v. FTC, siehe Anm. 1351.

Ware jedoch in ausreichender Menge vorhanden ist und der Kunde auch nicht zum Kauf anderer Waren veranlaßt wird 1359. Die implizit in dieser Werbung liegende Möglichkeit der Täuschung, daß derwerbende auch generell günstige Angebote vorweisen könne, ist von der FTC bisher nicht aufgegriffen worden 1360.

b. Preisauusschreiben und Wettbewerbe (" contests ")

aa. Unterscheidung Wettbewerb - Glücksspiel
(" lottery ")

Der als Werbemethode grundsätzlich zulässige Wettbewerb unterscheidet sich von dem in ständiger Spruchpraxis verbotenen Glücksspiel dadurch, daß bei ersterem eine gewisse geistige Leistung oder sonstige Geschicklichkeit erforderlich ist, z.B. das Lösen von **Rätseln** oder das Geben richtiger Antworten 1361., und dies auch Grundlage der Auswahl der Gewinner ist.

Gemeinsam mit dem Glücksspiel ist der Werbung mit Wettbewerben jedoch, daß Gewinne von einer Gegenleistung abhängig sein können, soweit hierüber aufgeklärt wird 1362.

-
1359. Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 20.4 (e), pp. 430-431 (2nd ed. 1950)
1360. vgl. im Gegensatz hierzu die weitere Generalklausel des § 3 UWG, Angaben über "das gesamte Angebot".
1361. Ist die Aufgabe so einfach, daß jeder sie lösen kann, liegt kein Wettbewerb vor, Thomsen-King & Co., 33 FTC 126, 162, 1941.
1362. § 20.062 Loew's Corp., prop. complaint, File No. 722 3232, 7/27/72, Böden von "Kent"-Zigaretten mußten gesammelt werden; § 19.290 The Coca-Cola Co., prop. complaint, File No. 702 3104, 7/1/70, Verschlüsse von Coca-Cola Flaschen

bb. Mißbrauch der Form des Wettbewerbs

Die Vortäuschung eines Wettbewerbs, um Kundenadressen herauszubekommen, ist unzulässig 1363., ebenso wenn wahllos Gutscheine 1364. auch an Nichtteilnehmer verteilt werden 1365. oder die Ware, deren angeblicher Bekanntmachung der Wettbewerb dienen soll, nicht existiert und für die Teilnahme Gebühren erhoben werden 1366. Gewinner dürfen nicht nach dem Wert ihres Namens ausgewählt werden 1367., Nichtteilnehmer dürfen nicht Gewinner sein.

cc. Sonstige mit Wettbewerben verbundene Täuschungshandlungen bieten keine Besonderheiten; verboten wird die Täuschung über die Höhe der Preise 1368., den Wert der Preise 1369. oder über die Teilnahmebedingungen 1370.

Die Preise müssen nach den publizierten Regeln verteilt werden 1371., nicht offen gelegte Beurteilungsmaßstäbe dürfen nicht bestehen 1372.

c. Glücksspiele, bei denen der Inhalt der Ware oder die Höhe des zu bezahlenden Preises vom Zufall abhängt ("lotteries", "games of chance")

1363. Arthur Murray Inc., 57 FTC 306, 310, 1960

1364. Brother International Corp. of California, 56 FTC 434, 436, 1959

1365. Twentieth Century Business Builders, 28 FTC 1311, 1939

1366. Rogers United Corp., 53 FTC 53, 58, 1956

1367. § 19.323 Imperial Supply Builders Inc., Dkt. C - 1775, 7/31/70

1368. siehe Imperial Supply Builders Inc., siehe Anm. 1367.

1369. § 19.572 Ernies Sewing Center, File No. 692 3149, 4/7/77

1370. Thomsen-King & Co., siehe Anm. 1361., p. 163

1371. Loew's Corp., siehe Anm. 1362.

1372. The Coca-Cola Co., siehe Anm. 1362.

aa. Verbotene Glücksspiele (" lotteries ")

aaa. Allgemeine Probleme

Glücksspiele werden von der FTC in ständiger Spruchpraxis untersagt, wenn, kurz zusammengefaßt, folgende Faktoren vorliegen: Abhängigkeit des Erhalts oder des Umfangs des Erhalts einer Ware oder sonstigen Leistung vom Zufall sowie ein Einsatz (Gegenleistung) 1373.

Verbotsgrund ist in ständiger Spruchpraxis, insbes. seit der Entscheidung FTC v. R.F. Keppel Bros. Inc. 1374., im Gegensatz zu dem von der FTC in anderen Bereichen ausschließlich angewandten Täuschungsstandard im wesentlichen die Ausnutzung der Spiel Leidenschaft. Als solcher ist er auch ständig Gegenstand heftiger Angriffe gewesen, die damit begründet wurden, daß sich die allgemeine Anschauung bez. der Glücksspiele geändert habe, was seinen Ausdruck in der Zulässigkeit von Glücksspielen in verschiedenen Einzelstaaten, der Abänderung von Strafgesetzen und der allgemeinen Anerkennung solcher glücksspielartigen Unterhaltungen wie Pferderennen und Roulette finde 1375. In der Entscheidung Dandy Products v. FTC 1376. faßte dies das

-
1373. J.C. Martin Corp. v. FTC, VI S. & C. 251, 255, 7th Circ. 1957
1374. 291 US 304, 313, 1934; umfassender noch frühere Entscheidungen: Chicago Silk Co. v. FTC, 90 F 2nd 689, 990, 7th Circ. 1937, 22 FTC 547, 556, 1936: "contravenes public policy and morals, business ethics and morals, constitutes a lottery, unfairly discriminated between customers, more people lost than won, detriment to legitimate business"
1375. Dandy Products v. FTC, VII S. & C. 920-921, 7th Circ. 1964; Modernistic Candies Inc. v. FTC 145 F 2nd 454-455, 7th Circ. 1945
1376. siehe Anm. 1375.

beklagte Unternehmen zusammen:

" the moral tone of the business community in which they operate is substantially different " 1377.

Dieser Einwendung war jedoch schon vor dieser Entscheidung 1378. und auch nachher kein Erfolg verbeschieden 1379. Eine Wende scheint sich jedoch anzukündigen: in der kürzlichen Entscheidung Marco Sales Co. v. FTC 1380. wurde eine Unterlassungsverfügung nur noch widerwillig unter Berufung auf die behördliche Fachkenntnis aufrechterhalten. Eine Beschränkung des Verbots derartiger Glücksspiele auf Warenvertrieb an Kinder haben die beklagten Unternehmen auch wiederholt und erfolglos angeregt 1381. Die Entscheidung FTC v. R.F. Keppel Bros. Inc., die von der Begründung her gesehen für diese Auffassung sprechen könnte, sieht den Unrechtsgehalt jedoch nicht allein im Vertrieb an Kinder 1382.

In der Entscheidung Marco Sales Co. wurde zwar hervorgehoben, daß die beklagte Gesellschaft bei Ver- sendung nicht zwischen Kindern und Erwachsenen differenziert habe, die Unterscheidung wurde jedoch

1377. siehe Anm. 1375.

1378. Surf Sales Co. v. FTC, VI S. & C. 453, 455, 7th Circ. 1958, Peerless Products Inc. v. FTC, VI S. & C. 844-846, 7th Circ. 1960

1379. Bear Sales Co. v. FTC, 1966 Supplem. S. & C. 170, 171, 7th Circ. 1966

1380. 2nd Circ. 1971, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold G. van Cise, siehe Anm. II. 95. pp. 536-537

1381. Monroe Sales Co., 48 FTC 956, 963, 1952; Wren Sales Co. v. FTC VII S. & C. 257-258, 7th Circ. 1961

1382. siehe hierzu S. 41

nicht weiter verfolgt 1383.

Gleichermaßen unbeachtlich ist es, wenn das System des Glücksspiels so konstruiert ist, daß nur Freunde, Arbeitskollegen oder Nachbarschaft Teilnehmer sind 1384.

Aus der Ableitung der Befugnisse der FTC aus der Regelungsgewalt des Kongresses über den Handel 1385. ergibt sich, daß Verbote von Glücksspielen nur im Zusammenhang mit einem Warenvertrieb untersagt werden können. Die Überwachung von Glücksspielen als solchen ist eine Rolle, die der FTC nicht zugedacht war 1386.

Keine Zuständigkeit besteht daher dann, wenn ein Preis nicht an einen Warenverkauf zumindest durch andere Teilnehmer gekoppelt ist 1387. Als Preise können bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne weiteres Geldgewinne ausgesetzt sein 1388.

Ob die Ware oder die Möglichkeit des Spielens erworben werden soll, wenn Glücksspiele in Billardhallen und Kneipen angeboten werden und die " Preise " in Tabak, Süßigkeiten oder anderen geringwer-

1383. § 18.839 Marco Sales Co., Dkt. 8770, initial decision
1384. Wren Sales Co., siehe Anm. 1381.

1385. siehe Art. I § 8 US Constitution

1386. Container Mfg. Co., 48 FTC 705, 711-712, 1952; Lichtenstein v. FTC, V S. & C. 367, 372, 9th Circ. 1952

1387. Feitler v. FTC, V S. & C. 491, 495, 9th Circ. 1953; siehe auch Lichtenstein v. FTC, siehe Anm. 1386., p. 372

1388. Fleetwood Coffee Co., 59 FTC 278, 280, 1961; Brumage Loeb Co., 1 FTC 159, 162, 1918

tigen Kleinigkeiten bestehen, ist fraglich, die FTC beansprucht jedoch auch hier Regelungsgewalt 1389. Die Praxis des Vertriebs von Glücksspielen zum Zweck des Warenverkaufs ist ein einheitlicher Akt, der nicht in isolierte und jeweils zulässige Teile zerlegt werden darf 1390.

Aus diesem Grund scheiterten Einwendungen beklagter Unternehmen aus der beschränkten Zuständigkeit der FTC über den zwischenstaatlichen Handel, wenn zwar der Warenverkauf oder die Teilnahme am Glücksspiel nur innerstaatlich, die Versendung der Glücksspiele dagegen über Grenzen von Einzelstaaten hinweg erfolgte 1391.

Die nicht gestattete Aufspaltung in zulässigen Warenverkauf und zulässige Versendung von Glücksspielen ermöglichte es der FTC, Hersteller von Glücksspielen zu erfassen, die mit dem Vertrieb der konkreten Ware gar nichts zu tun hatten 1392. und die Glücksspiele nur an andere Händler lieferten, die diese zur eigenen Werbung verwandten 1393. und zwar auch dann, wenn die Beigabe der

1389. Feitler v. FTC, siehe Anm. 1387., p. 494

1390. Consolidated Mfg. Co. v. FTC, V S. & C. 426, 428, 4th Circ. 1952

1391. Modernistic Candies, Anm. 1375., p. 455, mit der Begründung, daß diejenigen, die Hilfestellung zu unerlaubten Handlungen leisten, auch erfaßt werden müssen; Lichtenstein v. FTC, Anm. 1386., p. 371, mit der Begründung der Erfassung ungesetzlicher Handlungen bereits in ihren Anfangsstadien.

1392. Consolidated Mfg. Co. v. FTC, siehe Anm. 1390., pp. 427-428

1393. Illinois Baking Corp., 28 FTC 1257, 1262, 1964, 1939

Werbeartikel nicht notwendigerweise in deren Gebrauch als Glücksspiele resultieren mußte 1394., dies aber möglich war. Hatte der Hersteller keine Kenntnis von der letztlichen Verwendung als Glücksspiel, entlastet ihn dies nicht 1395.

bbb. Die Abhängigkeit vom Zufall als Merkmal verbotener Glücksspiele

Der Erhalt der Ware oder deren Umfang oder Größe bzw. die Bestimmung des Preises muß vom Zufall abhängen. Dieses Erfordernis ist nur dann erfüllt, wenn der Empfänger, abgesehen von der Entrichtung einer Gegenleistung, keine zusätzliche Leistung, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzt, erbringen muß, da sonst zulässige Preisausschreiben oder Wettbewerbe vorliegen. Jegliche geforderte Tätigkeit darf nur in rein mechanischen Vorrichtungen, wie z.B. dem Ziehen eines Loses oder dem Abbrechen von Süßigkeiten von einer Stange bestehen 1396.

Unterlassungsverfügungen richteten sich insbes. gegen Vertriebssysteme, bei denen der Erhalt zusätzlicher kostenloser Ware vom Kauf eines in bestimmter Weise gekennzeichneten Artikels abhing 1397. oder die Bestimmung des Preises oder der

1394. Feitler v. FTC, siehe Anm. 1387., pp. 496, 497

1395. Gellman Bros. v. FTC, VII S. & C. 111, 117, 7th Circ. 1961; Peerless Products v. FTC, VI S. & C. 844, 845, 7th Circ. 1964

1396. Wird nur zum Schein auf Werbematerial ein Frage- und Antwortspiel oder die Lösung einer Schachaufgabe aufgedruckt, aber die Preise auch ohne Lösung vergeben, behandelt die FTC auch diese Werbemethode als verbotenes Glücksspiel, Feitler v. FTC, siehe Anm. 1394.

1397. Frank H. Fleer Corp., 18 FTC 366, 396, 1934

Art der Ware durch sogen. " punchboards " erfolgte 1398.

Auch die Beigabe von Gewinnscheinen zur Ware mit anschließender Verlosung 1399., die Verteilung verschiedener Abschnitte eines Scheins, solange eine mögliche Zusammensetzung der einzelnen Teilelemente dem Zufall überlassen bleibt 1400., wie auch die Ziehung 1401. oder die zufällige Übereinstimmung verschiedener Nummern 1402. sind häufig vorkommende Arten verbotener Glücksspiele.

Gebräuchlich sind in den USA auch die sogen. " club scheme plans ": bei Durchführung wiederholter Verlosungen besteht für jeden der einzelnen Teilnehmer die Verpflichtung, über einen bestimmten Zeitraum hinweg festgesetzte Zahlungen zu leisten. Der erste Gewinner wird von seiner weiteren Beitragspflicht befreit und erhält deswegen die Ware am billigsten 1403. Die Abhängigkeit des Erhalts der Ware bzw. die Bestimmung des Preises vom Zufall wird auch dann nicht durchbrochen, wenn dem Käufer die Alternative geboten wird, entweder die Ware aufgrund eines Kaufvertrags

1398. Surf Sales Co. v. FTC, siehe Anm. 1378.

1399. C. Read & Co. Inc., 7 FTC 387, 392-393

1400. Illinois Baking Corp., siehe Anm. 1393.; Dietz Gum Co. v. FTC 104 F 2nd 999, 1002, 7th Circ. 1939

1401. Calvin Cotton Mills, 51 FTC 294, 296, 1954

1402. Robert J. Thompson Co., 31 FTC 1334, 1336, 1940

1403. Savoy Mfg. Co. v. FTC, 152 F 2nd 65, 66, 7th Circ. 1945; § 19.070 Advisory Opinion Digest, No. 399, 1/12/70

zu erwerben oder Kaufgegenstand bzw. Preis durch Zufall bestimmen zu lassen 1404., und zwar auch dann nicht, wenn bei Nichtgefallen eine Kaufverpflichtung nicht eintritt. Entsprechen sämtliche bei dieser Gestaltung ausgesetzten " Preise " im Wert denen, die aufgrund eines Kaufvertrages hätten erworben werden können, ist die Abhängigkeit der Höhe des Kaufpreises vom Zufall aufgehoben und besteht lediglich noch hinsichtlich der Art des Artikels 1405. Lassen sich, wenn auch vereinzelt, bei einigen Gewinnen höhere Einzelhandelspreise nachweisen, muß mit einer Untersagung gerechnet werden 1406.

Der einmal geschaffene Konnex zwischen Zufall und Erhalt der Ware wird dadurch nicht beseitigt, daß der Teilnehmer den entsprechenden Gegenwert für die geleistete Zahlung erhält 1407. oder bei Nichtgefallen sein Geld zurückbekommt 1408.

Mit der Entscheidung Jonas Gerson v. FTC 1409. wurde das Erfordernis der Abhängigkeit des Er-

1404. J.C. Martin Corp. v. FTC, siehe Anm. 1373., p. 2555

1405. Deluxe Products Co. v. FTC, 135 F 2nd 564, 567, 7th Circ. 1943

1406. J.C. Martin Corp. v. FTC, siehe Anm. 1373., p. 256:
"But where, as here, each participant in the scheme will in any event receive the equivalent of the amount contributed by him and he is not under any hazard of pecuniary loss, nor offered the chance of receiving something of more value than the amount contributed to him, a lottery does not exist".

1407. FTC v. F.A. Martocchio, 87 F 2nd 561, 563, 8th Circ. 1937

1408. Gary Sales Co., 52 FTC 437, 439-440, 1955

1409. VII S. & C. 821, 823, 7th Circ. 1963

halts der Ware bzw. der Bestimmung des Preises vom Zufall weitgehend aufgelöst. Bei gleichem Sachverhalt wie er dem Gericht in der Entscheidung J.C. Martin Corp. 1410. zur Beurteilung vorgelegen hatte, richtete die FTC 1411. eine Unterlassungsverfügung gegen das beklagte Unternehmen, auf dessen Berufung hin der 7th Circ. feststellte:

" The commission could as well have found with propriety that the element of chance was missing ... in any event, Gerson thereby practiced deception upon naive customers who were deluded into taking a chance " 1412.

Problemlos ist die Abgrenzung zur Rabattmarkengewährung. Rabattmarken sind eine Art Zugabe und werden von vorneherein neben der gekauften Ware abgegeben.

Bei der Zugabengewährung treten Schwierigkeiten nur dann auf, wenn die Teilnahmemöglichkeit an einer Ziehung von Gewinnern unentgeltlich gewährt wird, die ermittelten Gewinner bei Abschluß eines Kaufvertrages eine feststehende Zugabe erhalten. 1413. Obwohl keine Gegenleistung für eine Chance, an der Ziehung teilnehmen zu dürfen, erbracht wird und der Kaufgegenstand nebst Zugabe bekannt sind, hat die FTC diese Werbemethode als verbotenes Glücksspiel beanstandet 1414.

1410. siehe Anm. 1404. und 1406.

1411. 62 FTC 1009, 1024, 1025, 1963

1412. siehe Anm. 1409., p. 823

1413. siehe den dissent des Commissioner Elman in § 17.596, siehe aber auch § 17.678 Advisory Opinion Digest No. 87, 1966.

1414. § 17.596 Advisory Opinion Digest No. 79, 1966

Vertriebspläne von Herstellern, bei denen der Käufer einer bestimmten Ware für den Weiterverkauf eingesetzt wird (" referral selling plans "), sind auch dann zulässig 1415., wenn dem Käufer für seine Bemühungen eine Prämie gewährt wird und auch für den Fall, daß fast das ganze Distributionsnetz aus Kunden besteht 1418.

Der kürzliche Angriff der FTC auf die sogen. "multilevel marketing plans" 1417. zeigt jedoch eine mögliche Wende an. Es handelt sich hierbei um Vertriebssysteme, bei denen Einkünfte und Stellenrang von Händlern davon abhängig gemacht werden, in welchem Umfang es ihnen gelingt, weitere Zwischenhändler anzuwerben und diese wiederum Verkäufe tätigen können. Vom Stellenrang und von den Einkünften der Händler wird wiederum maßgeblich die Rabattquote beeinflusst, die beim Einkauf vom Hersteller erzielt werden kann.

-
1415. Die Zulässigkeit dieser Werbemethode ist äußerst umstritten, siehe William R. Lasater, Jr., Trade Regulation: Examination of Games of Chance and Referral Selling as Promotional Devices, 17 Kans.L.Rev. 668, 671-673 (1969)
1416. J. C. Martin Corp. v. FTC, siehe Anm. 1373., p. 254; § 17.740 Advisory Opinion Digest No. 99, 10/31/66;
1417. § 19.412 Chemical Associated Inc., Dkt. C - 1826, 11/27/70;
§ 19.461 Holiday Magic Inc., complaint, Dkt. 8834, 1/18/71;
§ 19.718 Ger-O-mar Inc., prop. complaint, File No. 702 3493, 7/20/71

Da eine besondere Leistung, bestehend im Anwerben weiterer Zwischenhändler, erbracht werden muß, wird das Element des Zufalls problematisch. Nach Auffassung der FTC wirkt sich die vorhandene Leistung auf das gesamte System jedoch nicht bestimmend aus, weil die Einkünfte des Händlers vom Tätigwerden des geworbenen Zwischenhändlers, über den keine Kontrolle besteht, letztlich bestimmt werden und die Möglichkeiten solcher Anwerbung äußerst beschränkt sind. Die FTC sieht in dieser Vertriebsmethode ein glücksspielartiges System (" in the nature of a lottery "). Nicht nur der Erhalt oder Preis der Ware, sondern auch der Gewinner, muß vom Zufall bestimmt werden. Unschädlich ist es, wenn von vorneherein feststeht, welche Nummer gewinnt, wenn nur die Verteilung der Nummernscheine dem Zufall überlassen bleibt. Scheinziehungen, bei denen jedermann einen Preis erhält, sind unzulässig 1418.

ccc. Die Gegenleistung als Merkmal der verbotenen Glücksspiele

Nach ständiger Spruchpraxis der FTC hängt die Ungesetzlichkeit eines Glücksspiels auch davon ab, ob vom Teilnehmer ein Einsatz gefordert wird. Die in der Entscheidung Calvine Cotton Mills 1419. ge-

1418. Home Arts, 49 FTC 456, 462, 465, 1952

1419. 51 FTC 294, 1954

äußerte gegenteilige Auffassung der FTC stellt eine Ausnahme dar, die jedoch heute mehr in den Blickpunkt zu rücken beginnt:

" respondents practice is not being condemned, because it is a technical lottery, but because it is a method of merchandising which constitutes an unfair trade practice. The Commission should be concerned only with the unfair trade practice of distributing merchandise by means which are contrary to public policy. It is clear, that respondent's sales promotion plan was intended to appeal to the gambling instinct of purchasers " 1420.

Im Hinblick auf die bestehende Spruchpraxis muß die Untersagung von Glücksspielen allein wegen des Verbotsgrundes der Ausnutzung der Spielleidenschaft ohne Bindung an das Merkmal einer zu erbringenden Gegenleistung zwangsläufig die Bildung einer neuen Kategorie ungesetzlicher Handlungen mit sich bringen 1421.

bb. Glücksspiele ohne Erfordernis einer Gegenleistung
("games of chance")

Diese Art von Glücksspielen ist in den USA insbes. im Einzelhandel weit verbreitet 1422. Tankstellen,

1420. siehe Anm. 1419., pp. 298-300

1421. Die Unterscheidung zwischen Glücksspielen mit und ohne Einsatz und das Totalverbot ersterer Spielart ist seit der Entscheidung *Marco Sales Co. v. FTC*, siehe Anm. fraglich geworden, weil das Gericht keinen Unterschied in den Praktiken erkennen konnte, p. 540

1422. George J. Alexander, siehe Anm. 198 . p. 213;
§ 50.229 Trade Regulation Reporter, FTC Staff Report (Subcommittee Report)

Supermärkte und sonstige Einzelhandelsgeschäfte locken Kunden mit Gewinnen, die für das Erraten des Füllungsinhalts eines Benzinkanisters oder sonstiger Zahlen oder zweier passender Abschnitte ausgesetzt werden, in ihre Geschäftsstellen.

In erweiternder Auslegung der Entscheidung FTC v. R.F. Keppel Bros. Inc. 1423. setzten sich die Commissioner Elman und Mac Intyre für ein Totalverbot dieser Art von Glücksspielen ein:

" the Supreme Court's decision in FTC v. R.F. Keppel Bros. ... leaves little doubt of the illegality under sect. 5 of the FTCA of promotional schemes which transform business establishments into gambling houses " 1424.

Dem gegenüber steht die Auffassung der Mehrheit:

" we are ... unwilling to participate in an untoward extension of the lottery cases which clearly do not apply as a means of outlawing these devices ... it is generally inappropriate for the Federal Government at least through the use of sect. 5 FTCA, to regulate morality by attempting to curb the public's gaming interest " 1425.

Vom Täuschungsstandard ausgehend, hat die FTC zunächst für die Lebensmittel- und Benzinindustrie Wettbewerbsregeln in Form von Verwaltungsordnungen zur Erfassung einzelner Mißbräuche dieser Werbeart erlassen (" games of Chance in the Food Re-

1423. siehe S. 40

1424. § 7975 Trade Regulation Reporter, dissenting statement of Commissioner Elman und dissenting statement of Commissioner Mac Intyre

1425. Separate statement of Commissioner Nicholson, siehe Anm. 1424.

tailing and Gasoline Industries ") 1426. Die dort aufgestellten Vorschriften dürften ihrer Allgemeinheit wegen auch für andere Industriezweige wichtige Hinweise geben.

Gewinnchancen dürfen nicht täuschend dargestellt werden. Die genaue Angabe der Anzahl und Art der Preise mit einem Wert über \$ 25.-- nebst Gewinnchance für jeden einzelnen Preis 1427., außerdem die Bezeichnung des geographischen Gebiets, innerhalb dessen das Glücksspiel veranstaltet wird 1428. sowie die Zahl der teilnehmenden Einzelverkaufsstellen 1429. und des Schlußtermins 1430. ist erforderlich. Sämtliche Lose oder Teilnehmerscheine müssen auf Zufallsbasis gemischt werden 1431. Die Ausgabe von Losen oder Teilnehmerscheinen, die eine Vorherbestimmung des Gewinners ermöglichen, ist unzulässig 1432. Der zeitliche Abstand zwischen 2 Spielen muß zumindest der Veranstaltungsdauer des vorangehenden Spiels entsprechen 1433.

1426. 16 CFR § 419, 8/16/69

1427. § 419.1. (b) (1)

1428. § 419.1. (b) (2)

1429. § 419.1. (b) (3)

1430. § 419.1. (b) (4)

1431. § 419.1. (c); § 19.298 Shell Oil Co., assurance of voluntary compliance, File No. 705 8117, 8/3/70;
§ 19.462 Marketing Action Group Inc., advisory opinion, File No. 703 7113, 2/4/71 Mischung für ein Einzelhandelsgeschäft zulässig, wenn in der Werbung offengelegt.

1432. § 419.1. (d)

1433. § 419.1. (f)

Unabhängig von den Wettbewerbsregeln gelten folgende Grundsätze: die angekündigten Preise müssen verliehen werden 1434., wenn die Gewinnscheine vorgelegt werden 1435. Werden die Gewinnscheine nicht vorgelegt, muß das Unternehmen aufgrund eigener Nachforschungen die Gewinner feststellen 1436.

Wird jedoch ausdrücklich erklärt, daß nicht geltend gemachte Preise auch nicht verliehen werden, brauchen die Gewinner nicht ausfindig gemacht zu werden 1437.

Insbes. darf der Einzelhandelswert der Preise nicht täuschend hoch angegeben werden 1438. Wird behauptet, daß die Preise schon bereit liegen, muß dies auch der

1434. § 19.774 Procter & Gamble Co., File No. 762 3749, 8/30/71. Der "Superpreis" wurde nicht verliehen, ebenso nicht die 10/1. Preise, nur 6 von 100 der 2. Preise und 249 von mehr als 100.000 3. Preisen;

§ 19.832 Longines-Wittnauer Watch Co. Inc., File No. 682 3135, 10/26/71, 1969-1970 "income for Life Sweepstakes", "Superpreis" von \$ 1000.- monatlich für die Dauer des Lebens wurde nicht verliehen, 24 von 25 Preisen über \$ 500.- jährlich auch nicht, alle 25 von 25 Preisen von \$ 250.- jährlich ebenfalls nicht.

1435. § 19.295 Mac Donald's Corp., prop. complaint, File No. 692 3074, 7/20/70

1436. siehe Anm. 1435.

1437. § 19.997 Mac Donald's Corp., Dkt. 8837, initial decision to dismiss complaint, 5/1/72

1438. § 19.774 Procter & Gamble Co., siehe Anm. 1436., "significant retail value" - billiger Modeschmuck;
§ 19.419 Readers Digest Ass's Inc., prop. complaint, File No. 682 3427, 12/29/70, 24 Seiten dickes Heftchen, das schon früher in Readers Digest veröffentlichte Anekdoten enthielt.

Fall sein 1439. Die Zahl der gewinnenden Nummern darf nicht überhöht angegeben werden 1440.; werden keine bestimmten Angaben gemacht, nimmt das Publikum an, daß eine vernünftige Gewinnchance besteht 1441.

Dem Erhalt des Preises dürfen keine weiteren Leistungen des Gewinners vorgeschaltet werden, über deren Anforderungen nicht vorher aufgeklärt wurde 1442.

d. Werbegeschenke (" free ")

Werbegeschenke als solche sind nach heutiger Sprachpraxis der FTC grundsätzlich zulässig. Der Gesichtspunkt des unzulässigen Kundenfangs und der damit verbundenen Verzerrung des Leistungswettbewerbs hat nur zeitweise in wenigen Entscheidungen Anklang gefunden, die heute überholt sind 1443.

In der Entscheidung Book-of-the-Month-Club 1444. finden sich nicht weiter verfolgte Ansatzpunkte:

1439. siehe Procter & Gamble Co., Anm. 1434., "reserved" bedeutet noch nicht bereitliegend zur Verteilung, siehe Mac Donald's Corp., Anm. 1327.

1440. § 19.514 Procter & Gamble Co., prop. complaint, File No. 672 3749, 3/4/71

1441. siehe Readers Digest Ass'n, Anm. 1438.; siehe Procter & Gamble Co., Anm. 1438., 1. Preis 1:30.000.000, 2. Preis 1:1.500.000, 3. Preis 1:600; siehe Longines-Wittnauer Co., Anm. 1434., 1. Preis 1:20.000.000.

1442. siehe Readers Digest Ass'n. Anm. 1438., bei größeren Preisen eidesstattliche Erklärung der Gewinner gefordert und Interviews durch Detektive;

1443. siehe bei Zugaben S. 381 ff.

1444. 48 FTC 1297, 1952

" They rely on something else than the article sold. They tempt by a promise of a value greater than the article and apparently not represented in its price and it hence may be thought that thus by an appeal to cupidity lure to improvidence. This may not be called "gambling", it may, however, be considered as having the seduction and evil of such " 1445.

Dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs dagegen wurde ausreichend Rechnung getragen. Werbegeschenke werden außerhalb der Zuständigkeit der FTC in den Gesetzen der Einzelstaaten gegen Verkäufe unter Selbstkosten (" sales below cost ") relevant 1446.; ebenso im Rahmen des Verbots der Bindung der Wiederverkaufspreise in den State Fair Trade Acts 1447., sowie bei der von der FTC zu verfolgenden Preisdiskriminierung gem. sect. 2 (c) Robinson Patman Act 1448.

-
1445. siehe Anm. 1444., p. 1313; allerdings ergangen im Rahmen der Beurteilung einer Zugabe. Werbegeschenke als solche sind durchgehend als zulässig beurteilt worden.
1446. Callmann, Unfair Competition and Trademarks, § 29, p. 566; § 27.1, pp. 520-521 (2nd ed. 1950)
1447. siehe Anm. 1438., § 24.2 (c) (3), pp. 482-484
1448. 15 U.S.C. sect. 13

IV. Teil

DIE " UNFAIR PRACTICES "

9. Kapitel:

Handlungen, die hauptsächlich wegen ihrer schädigenden Wirkung auf Mitbewerber 1. für ungesetzlich erklärt worden sind

Entscheidungen über Fälle dieser Art stammen mit wenigen Ausnahmen aus dem Zeitraum, in dem als primärer Zweck des Gesetzes der Mitbewerberschutz 2. angesehen wurde. Sie haben heute nur noch bedingte Bedeutung und werden kaum noch verfolgt. Die einzelnen Formen ungesetzlicher Handlungen haben keine Fortbildung oder Verfeinerung erfahren, so daß sich ein ausführliches Eingehen auf die einzelnen Tatbestände erübrigt. Anhand einer kurzen Zusammenfassung soll aber ein gewisser Überblick vermittelt werden.

1. Unlautere Zwangsausübung gegenüber Mitbewerbern (" intimidation ", " coercion ")

Von entscheidender Bedeutung in diesem Bereich ist die Zweck-Mittel-Relation.

Die Kaufentscheidung eines Unternehmens darf sei-

-
1. Es muß nicht unbedingt ein Wettbewerbsverhältnis vorliegen, es genügt, wenn die Wettbewerbstätigkeit eines Unternehmens beeinträchtigt werden kann
 2. siehe S. 44

tens eines anderen Unternehmens nicht mit unlauteren Mitteln beeinflusst werden. So ist z.B. die Drohung mit unzutreffender herabsetzender Werbung, um den Kauf eines Warentestmagazins zu erzwingen 3., unzulässig, ebenso die Androhung von Streiks für den Fall der Weigerung, Raum für Werbeanzeigen zu kaufen 4. oder wenn zu gleichem Zweck Beziehungen und geschäftliche Verbindungen zu den Gewerkschaften vorgetäuscht werden 5. Die Rechtswidrigkeit einer Drohung kann sich, abgesehen von Fällen eindeutiger Ungesetzlichkeit des Mittels, auch aus einem mißbilligten Verhältnis eines an sich gesetzlichen Mittels zu einem bestimmten Zweck ergeben. Dieses jedem Unternehmer zustehende Recht darf dann nicht ausgeübt werden, wenn einziges Ziel der Aufnahme der Wettbewerbstätigkeit die Vernichtung des Mitbewerbers ist und die Aufnahme von Geschäftstätigkeit sich als Teil eines umfassenden Monopolisierungsplanes darstellt, mit dem Ziel, Mitbewerber an der Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes zu hindern 6. Die Androhung von Wettbewerbstätigkeit ist auch dann verboten, wenn sie nur zu dem Zweck erfolgt, den Bedrohten zur weiteren Lieferung seiner Rohstoffe an den Drohenden zu zwingen 7. Die Androhung

3. Lane v. FTC, 130 F 2nd 48, 50, 9th Circ. 1942

4. § 16.585 Labor Digest Inc., Dkt. C - 591, 9/28/63

5. Labor Digest Inc., siehe Anm. 4.

6. Marine Tobacco Co., 49 FTC 1577, 1953

7. Federal Compress & Warehouse Co., 35 FTC 833-834, 1940

von Störungen und Behinderungen jeglicher Art gegen eine zulässige gewerbliche Tätigkeit ist ebenfalls verboten 8.

2. Unlautere Behinderung der Mitbewerber im Geschäftsbetrieb (" competitor's harrassment ")

Als unlautere Behinderung von Mitbewerbern im Geschäftsbetrieb hat die FTC die böswillige Verursachung von unnützem Arbeitsaufwand angesehen. So wurden an die betroffenen Unternehmen ständig Kaufanfragen oder Bitten um Schätzung oder Anforderungen von Werbematerial ohne jegliche Kaufabsicht durch Strohmannen der beklagten Unternehmen gestellt 9.

Als Behinderung wird auch das unbegründete Anstrengen von Rechtsstreitigkeiten mit dem Ziel der Behinderung des Mitbewerbers im Geschäftsbetrieb beurteilt 10.

3. Eingriff in oder Vereitelung von Vertragsrechten des Mitbewerbers gegenüber Kunden oder Zulieferern

Durch das Institut der unerlaubten Handlung werden im Zivilrecht bestehende Verträge jeglicher Art sowie sonstige günstige, wenn auch vertragslose Zu-

-
8. Gold Medal Farms, 29 FTC 356, 369, 1939
9. J.H. Patterson Co., 1 FTC 363, 368, 1919;
St. Lawrence Lumber Co., 1 FTC 325, 329, 1919
10. American Chicle Co., 1 FTC 539, 1919; Chamber of
Commerce of Minneapolis v. FTC, 13 F 2nd 673, 682,
8th Circ. 1926

stände oder Verbindungen 11. gegen Eingriffe 12. durch Verleitung zum Vertragsbruch geschützt. Die Anstiftung bei Eingriffen in bestehende Verträge muß nicht unbedingt mit unlauteren Mitteln erfolgen 13.

Diese Grundsätze hat die FTC ohne Abänderungen, was bestehende Verträge anbetrifft, übernommen. Verleitung von Kunden und Zulieferern eines Mitbewerbers zum Bruch bestehender Verträge ist dann ungesetzlich, wenn die verwandten Mittel ungesetzlich sind, wenn z.B. Drohung oder Zwang angewandt werden oder von der Androhung begleitet werden, Vorteile aus der Geschäftsbeziehung einzustellen 14. Unzulässig ist auch die Täuschung über die rechtliche Bestandskraft von Verträgen 15. in Verbindung mit Entgegennahme der Waren des Mitbewerbers als Teil des Kaufpreises in Verrechnung für eigene verkaufte Waren. Bei Fehlen der Ungesetzlichkeit der Mittel kommt es auch hier auf die sonstigen weiteren Umstände an. Planmäßige Unterbietung der Preise der Mitbewerber um 50 %, um

-
11. Der Schutz als Eigentumsrecht ist umstritten; vgl. Chesterfield S. Oppenheim, *Unfair Trade Practices, Cases and Comments*, siehe Anm. I.16. p. 688 sowie *Notes Development in the Law*, siehe Anm. I.21. p. 962
 12. *Lumley v. Gye*, L.E. & B. 216, Q.B.; *Temperton v. Russel* 19. B. 715
 13. *Posner Co. v. Johnson*, 223 N.Y. 557, 1918
 14. *Carter Carburetor Corp. v. FTC*, 112 F 2nd 722, 734-736, 8th Circ. 1940
 15. *National Cash Register Co.*, 12 FTC 510, 1928 (dismissal)

deren Vertragspartner zu veranlassen, vertragsbrüchig zu werden, unterliegt einem Verbot 16. Ebenso die Praktik, gegen Übernahme der Schadensersatzforderungen des geschädigten Vertragspartners die potentiellen Käufer des eigenen Produkts zu veranlassen, die ursprünglich gekauften Maschinen wieder zurückzusenden 17.

Berechtigte Erwerbserwartungen schützt die FTC nur 18., soweit sie mit ungesetzlichen Mitteln vereitelt werden, wie z.B. Verleitung eines Dritten zur Ablehnung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zum Mitbewerber 19. oder die Abgabe täuschender Behauptungen über den Mitbewerber, die den zukünftigen Vertragspartner vom Vertragsabschluß abzuhalten geeignet sind 20.

4. Unlautere Aneignung von Geschäftsgeheimnissen eines Mitbewerbers (" trade secrets ")

Im Zivilrecht genießen Verfahren und Informationen, die andere Mitbewerber nicht im Besitz haben und

-
16. Globe Automatic Sprinkler Co. of Penna., 20 FTC 26, 30, 1934
 17. Prosperity Co., Inc., 6 FTC 290, 292, 1923
 18. Im Zivilrecht geschützt: Temperton v. Russel, 1 Q.B. 715, 62 LJQB 412; siehe Callmann, Unfair Competition and Trademarks § 32, p. 3, (3rd ed. 1970)
Ob auch Schadensersatz geleistet werden muß, wenn keine unlauteren Mittel angewandt wurden, ist umstritten, siehe Notes, Developments in the Law, siehe Anm. I.2lp. 960
 19. Carter Carburetor Corp. v. FTC, 112 F 2nd 722, 8th Circ. 1940
 20. Allen Sales Service Ing., 1 FTC 459, 462, 1919

aufgrund derer ein Vorsprung vor diesen erzielt werden kann, Schutz als Geschäftsgeheimnisse 21.

22. Weitere Schutzvoraussetzungen sind Geheimhaltung 23. und Neuheit 24. Als unerlaubte Handlung wird verboten eine Erlangung des Geschäftsgeheimnisses unter Vertrauensbruch. Die FTC-Spruchpraxis bietet auch hier keine über das Zivilrecht hinausgehende Entwicklung.

Geben sich Angestellte des Mitbewerbers als Interessenten aus, liegt mangels Geheimhaltung keine ungesetzliche Handlung vor 25. Ein Vertrauensbruch liegt im Auskundschaften von Geschäftsbeziehungen durch Verfolgen von Verkäufern des Mitbewerbers 26. oder Entsendung eines Detektivs als Angestellten in dessen Unternehmen 27. Untersagt ist auch das Auskundschaften bei der Warenbeförderung beschäftigter Personen 28. oder das Bestechen von Angestellten zwecks Informationserlangung 29.

-
21. Restatement of Torts, § 757, comment b, (1937)
 22. wenn auch nicht als Eigentumsrechte, E.I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland, 244 US 100, 102, 1917
 23. Board of Trade v. Christie Grain & Stock Co., 198 US 236, 250, 251, 1905
 24. Sarkes Tarzian Inc. v. Audio Devices Inc., 166 Fed. Supp. 250, S.D. Cal. 1958; erst in neuerer Rechtsprechung verlangt, vgl. Notes, Developments in the Law, siehe Anm. I. 21 p. 949
 25. Philip Carey Mfg. Co. v. FTC, 29 F 2nd 49, 50, 6th Circ. 1928
 26. Darling & Co., 4 FTC 483, 1921
 27. The Oakes Co., 3 FTC 36, 39, 1919
 28. Northwestern Traffic & Service Bureaus Inc., 11 FTC 1, 1926
 29. St. Louis Lightning Rod Co., 3 FTC 327, 329, 1919

Die Beschäftigung von früheren Angestellten ist grundsätzlich eine rechtmäßige Befugnis, die diesen Charakter verliert, wenn das Anstellungsverhältnis mit dem Ziel des Auskundschaftens von Geschäftsgeheimnissen begründet wird 30.

5. Unzulässige Einwirkung auf Waren von Mitbewerbern
(" physical interference ")

Als unzulässige Einwirkung auf die Ware von Mitbewerbern hat die FTC die Entfernung des Namens des Mitbewerbers 31. angesehen sowie Beschädigung oder Verfälschung 32.

Als " lifting " wird die Praxis des Ankaufs von Waren eines Mitbewerbers durch einen Dritten von dem Einzelhändler des ersteren bezeichnet. Je nachdem, welcher Zweck mit diesem Ankauf verfolgt wird, kann die Handlung ungesetzlich sein. Unzulässig sind anschließende Vernichtung 33., ebenso die Aufstellung in Geschäftslokalen von Zwischenhändlern 34. Ein Hersteller kann dagegen potentiellen Kunden anbieten, deren ältere Lagerbestände an Konkurrenzzeugnissen zu übernehmen und dafür eigene Produkte zu liefern 35. Eine unzulässige Einwirkung auf Be-

30. Lee Canfield, 5 FTC 92, 1922

31. Latham Watchman's Clock Co., 49 FTC 1012, 1014, 1953;
Mail Tool Co., 27 FTC 805, 809, 1938

32. Essex Varnish Co., 1 FTC 138, 142, 1918

33. American Greetings Corp., 49 FTC 440, 451, 1952

34. Reifschneider Paint & Glass Co., 13 FTC 324, 1929

35. R.M. Hollingshead Corp., 32 FTC 1, 5, 1938

standteile des Betriebsvermögens ist gegeben, wenn den Kunden des Mitbewerbers die von diesem herausgegebenen Kataloge zu hohen Preisen abgekauft werden 36., durch falsche Versandanzeigen Mitbewerbern gehörende Gegenstände an die eigene Adresse gesandt werden 37. oder Zusammenstöße mit Fahrzeugen der Konkurrenten provoziert werden 38.

6. Bestechung (" commercial bribery ")

Eine unzulässige Bestechung beinhaltet das Angebot oder die Gewährung von Geld oder nicht geringwertiger Kleinigkeiten an Angestellte des Mitbewerbers ohne dessen Kenntnis und ohne Gegenleistung des Geschäftsherrn.

Das Ziel ist, die Angestellten zur Einwirkung auf den Geschäftsherrn dahingehend zu beeinflussen, daß dieser Käufe mit dem Bestechenden abschließt 39.

Über diesen Tatbestand hinaus ist die Gewährung von Geld oder anderen Vorteilen ohne Gegenleistung auch dann verboten worden, wenn nicht die Kaufentscheidung eines Mitbewerbers, sondern die Kaufent-

-
36. The Chamber of Commerce of Missoula, 5 FTC 451, 459, 1914
37. Blue Valley Creamery Co., 8 FTC 199, 204, 1924
38. American Agricultural Chemical Co., 1 FTC 226, 233, 1918
39. Grand Rapids Varnish Co., 10 FTC 338, 339, aff' Grand Rapids Furniture Co. v. FTC, 41 F 2nd 996, 6th Circ. 1929; T.C. Hurst & Son v. FTC, 268 Fed. 874, 875, D.C.E.D. Virginia (1920); siehe New Jersey Asbestos Co. v. FTC, Fed. 509, 511, 2nd Circ. 1920, nicht für Gefälligkeiten des täglichen Lebens.

scheidung des Publikums durch die Empfänger wesentlich beeinflusst werden konnte, wie dies bei Disc-Jockeys, die Platten im Radio vorstellen und empfehlen, der Fall war (" payola-Fälle ")

40. Die erhaltenen Zahlungen mußten hier öffentlich bekanntgemacht werden.

Fälle einer direkten Bestechung von Angestellten dahingehend, die Waren des Bestechenden vorrangig vor denen des Mitbewerbers zu verkaufen, fallen nicht mehr unter das Verbot der Bestechung, sondern unter das der Gewährung unerlaubter Verkaufsprämien an Angestellte (" secret rebates ")⁴¹.

7. Abwerbung von Angestellten

(" enticement of employees ")

Die Verleitung eines Angestellten zum Bruch eines bestehenden Vertrages ist auch ohne das Hinzukommen weiterer Momente unzulässig ⁴². Wenn durch den ausscheidenden Angestellten keine Vertragsver-

-
40. Jay Kay Distr. Co., 57 FTC 1109, 1114, 1960;
Schwartz Bros. Inc., 57 FTC 998, 1002, 1960
41. Verbotsgrund ist die Vorspiegelung besonderer Verkaufserfolge und damit eine indirekte Einflußnahme auf die weitere Kaufentscheidung des Geschäftsherrn des bestochenen Angestellten.
Kinney-Rome Co. v. FTC, 275 Fed. 665, 668, 7th Circ. 1921;
Kennen die Geschäftsherren die genannte Praktik und billigen sie, ist das Vorgehen für zulässig erklärt worden. Anders bei Verkaufsprämien an Angestellte eines Einzelhändlers, hier wird das Publikum getäuscht, Philco Corp. and Philco Distributors Inc., 44 FTC 1106, 1108, 1947
42. Worthington Creamery & Produce Co., 8 FTC 449, 454, 1925

letzung verursacht wird, entscheidet die Unlauterkeit der Mittel der Abwerbung. Die FTC hat täuschende herabsetzende Äußerungen über den Mitbewerber, verbunden mit dem Angebot besserer Bezahlung 43. sowie planmäßige Ruinierung des Geschäftsbetriebes durch Abwerbung 44. verboten.

10. Kapitel

Ungesetzliche Handlungen gegenüber Verbrauchern und Abnehmern

1. Die Unterschiebung anderer als der bestellten Waren

Dies kann einmal dadurch erfolgen, daß bei einer Werbevorführung oder als Muster eine höherwertige Ware gezeigt und später eine minderwertigere zugestellt wird 45., eine andere als die vereinbarte Gattung 46. oder minderwertige Waren anstatt der angekündigten Markenartikel geliefert werden 47. Die Gleichwertigkeit der verschiedenen Artikel ist keine Einrede 48. Der Versuch, eine Zustimmung des Käufers zur Ersetzung durch eine andere Ware zu erlangen, ist nicht ungesetzlich 49.

2. Die Lieferungsverweigerung

43. Sunlight Creameries, 4 FTC 55, 62, 1921

44. Worthinton Creamery, siehe Anm. 42

45. Tri-State Printers, 53 FTC 1019, 1032, 1956

46. Robert W. Hailey, 40 FTC 654, 658, 1943

47. Cooperative Buyers Service, 26 FTC 877, 889, 891, 1942

48. FTC v. Algoma Lumber Co., 291 US 67, 77, 1934

49. Globe Readers Service v. FTC, VII S. & C. 1, 5, 7th Circ. 1961

Die FTC schreitet auch gegen die Weigerung zur Lieferung trotz bestehender Verpflichtung hierzu 50. oder gegen verzögerte Lieferung ein, wenn die Ware nicht zum Fälligkeitstermin oder - mangels Vereinbarung desselben - nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums geliefert wird 51. Ein angemessener Zeitraum darf nach neuerer Spruchpraxis 30 Tage nicht überschreiten 52.

3. Rechtswidrige Weigerungen, Anzahlungen zurückzuerstatten oder zur Reparatur übergebene Waren zurückzuschicken 53., sind von der FTC ebenfalls beanstandet worden.
4. Die FTC ist auch gegen rechtswidrige Androhung von Rechtsstreitigkeiten vorgegangen. Verbote sind insbesondere dann ausgesprochen worden, wenn die geltend gemachte Forderung nicht bestand, so z.B. unaufgefordert Mehrlieferungen erbracht wurden 54. oder nach Kündigung von Aufträgen noch weitere Zahlungen angefordert wurden 55.

-
50. E.T. Moyer Photographers, 50 FTC 926, 929, 1954
 51. Tri-State Printers Inc., 53 FTC 1019, 1032, 1957;
Associated Trade Press Inc., 46 FTC 58, 61-62, 1949
 52. § 19.946 Skylark Originals, Dkt. 8771, 3/9/72
 53. Interstate Home Equipment Co., 40 FTC 260, 266, 1945
 54. Dorman v. FTC 144 F 2nd 737, 739, 8th Circ. 1944: "an act innocent in itself may be lawful or unlawful depending on the circumstances"
 55. Sutson Inc., 53 FTC 446, 447, 1956

V. Teil

VERFAHREN UND SANKTIONEN

11. Kapitel

Kurzer Überblick über das Verfahren

1. Die Aufdeckung von Gesetzesverstößen

Die FTC erhält Beschwerden über ungesetzliche Handlungen von Mitbewerbern aus vielen Quellen, so z.B. von Verbrauchern, Mitbewerbern, Behörden, den Better Business Bureaus und von Wirtschaftsverbänden 1.

Das Schwergewicht liegt in der Entgegennahme von Beschwerden des Publikums und von Mitbewerbern ("mail bag approach") 2. Die fehlende Eigeninitiative der FTC 3. ist in jüngster Zeit Gegenstand heftigster Kritik gewesen 4.

Ist die Gesetzesverletzung geringfügiger Natur, kann die FTC das beklagte Unternehmen veranlassen, eine informelle Versicherung abzugeben, das beanstandete Verhalten nicht mehr fortzusetzen ("assurance of voluntary discontinuance") 5.

-
1. siehe § 2.1 Organization, Procedures and Rules of Practice (Rop) (1970)
 2. siehe Notes, Development in the Law, siehe Anm. II.4. p. 1064
 3. siehe hierzu FTC Report on Commission Activities to Senate Committee on Commerce, pp. 12-14 (1965); die FTC unterhält eine Abteilung, die Fernsehwerbung überprüft, siehe hierzu FTC Annual Report 13-14 (1965) sowie ABA-Report, siehe Anm. I . 141.p. 167
 4. "The Nader Report", siehe Anm. III . 41.pp. 39-40
 5. § 2.21 Rop, siehe Anm. 1.

2. Klageerhebung und Verfahren

Besteht eine Wahrscheinlichkeit, daß eine Gesetzesverletzung gem. sect. 5 FTCA 6. vorgekommen ist und daß ein Verfahren im öffentlichen Interesse liegt, erhebt die FTC durch die Commissioner Klage ("complaint") 7.

Vor Klageerhebung wird dem potentiell beklagten Unternehmen die Möglichkeit gegeben, einer Anerkenntnisverfügung zuzustimmen ("consent order") 8. Nach Klageerhebung ist dies nur noch in Ausnahmefällen möglich 9.

Das Beweisverfahren, wie auch das übrige Verfahren, wird vor einem "hearing examiner" 10. durchgeführt, wobei das beklagte Unternehmen das Recht hat, Beweismaterial zu präsentieren und Zeugen ins Kreuzverhör zu nehmen 11.

Die angewandten Beweisgrundsätze 12. folgen nicht den gleichen strikten Regeln, die bei einem Gerichtsverfahren vorgeschrieben sind 13.

Das Verfahren schließt mit einer vorläufigen Entscheidung ("initial decision") des hearing examiners 14. ab, die zur Entscheidung der Commission wird, wenn nicht das beklagte Unternehmen, der Anklagevertreter oder die Commission selbst eine Überprüfung anregen 15.

-
6. 15 U.S.C. sect. 45
 7. sect. 5 (b) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45
 8. §§ 2.31-2.34 Rop, siehe Anm. 1.
 9. siehe § 2.14 (c) Rop, siehe Anm. 1
 10. Dieser hat die Funktion eines erstinstanzliellen Richters, siehe Robert A. Riegert, Das amerikanische Administrative Law, siehe Anm. I. 50., S. 74-80
 11. sect. 5 (b) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45
 12. siehe hierzu ausführlich S. 168 - 180
 13. Buchwalter v. FTC, 235 F 2nd 344, 346, 2nd Circ. 1946
 14. § 3.51 Rop, siehe Anm. 1.
 15. §§ 3.52-3.54 Rop, siehe Anm. 1.

Eine Unterlassungsverfügung ("cease and desist order") der Commission 16. wird 60 Tage nach Zustellung an das beklagte Unternehmen rechtskräftig, wenn nicht Berufung zum zuständigen Berufungsgericht eingelegt wird 17.

Das Berufungsgericht kann die behördliche Unterlassungsverfügung aufheben, ändern oder bestätigen 18.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts ist Revision zum Supreme Court zulässig 19.

3. Die Beachtung der Verbote einer Unterlassungsverfügung ("compliance")

60 Tage nach Zustellung der Unterlassungsverfügung hat das beklagte Unternehmen einen Bericht bezüglich der Einhaltung der Verbote der Unterlassungsverfügung abzufassen und der FTC zur Einsicht zu übergeben ("compliance report") 20.

Hinsichtlich der Frage, ob ein zukünftiges Verhalten gegen die in der Unterlassungsverfügung getroffenen Anordnungen verstößt, kann ein beklagtes Unternehmen das "placet" der FTC einholen 21. Die FTC kann sich jedoch von einer früher ausgesprochenen Billigung distanzieren 22.

-
16. siehe hierzu ausführlicher S. 25 - 26 und folgendes Kapitel und das folgende Kapitel
17. sect. 5 (b) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45
18. sect. 5 (c) FTCA, 15 U.S.C. sect. 46
19. sect. 5 (c) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45
20. § 3.61 Rop, siehe Anm. 1.
21. § 3.61 (c) Rop, siehe Anm. 1.
22. § 3.61 (d) Rop, siehe Anm. 1.

Verstöße gegen rechtskräftige Unterlassungsverfügungen werden durch das Department of Justice in einem Bußgeldverfahren verfolgt 23. Die Fälle, in denen dieses Verfahren durchgeführt wurde, sind äußerst selten 24; die Gerichte haben auch selten empfindliche Geldbußen ausgesprochen 25.

-
23. sect. 5 (1) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45, Verfahren vor dem Zivilgericht 1. Instanz, Höhe des Bußgeldes \$ 5.000 für jede Zuwiderhandlung
24. siehe FTC Annual Report 51 (1964) 12 (\$ 12.550 - 2000)
FTC Annual Report 61 (1965) 9 (\$ 18.000 - 1500)
FTC Annual Report 76 (1966) 3 (\$ 5.000 - 1000)
FTC Annual Report 91 (1967) 3 (\$ 12.000 - 9500)
FTC Annual Report 73 (1968) 1 (\$ 15.000)
FTC Annual Report 77 (1969) 1 (\$ 15.000)
25. siehe ABA-Report, Anm. I .141. pp. 24-25

12. Kapitel

Die Sanktionen

1. Einstweilige Verfügungen ("preliminary injunctions")
Schwebt ein Verfahren gegen ein beklagtes Unternehmen, so hat die FTC gemäß Sect. 13 FTCA 26. die Befugnis, eine einstweilige Verfügung beim Zivilgericht 1. Instanz zu beantragen, mit dem Ziel, den beklagten Unternehmen die Verbreitung täuschender Werbung für Lebensmittel, medizinischer Vorrichtungen und Präparate sowie Kosmetikartikel zu untersagen 27. Der Erlaß solcher einstweiliger Verfügungen ist seit der Entscheidung FTC v. Sterling Drug Inc. 28. insoweit erschwert worden 29., als der Nachweis gefordert wird, daß die beanstandete Werbung tatsächlich täuschend ist 30.

Die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung steht im Bereich sonstiger täuschender Werbung nicht offen. Im Hinblick auf den Hauptverfahrensmangel in FTC-Verfahren, die Verzögerungen ("delay") 31., liegt hier ein ganz wesentliches Manko, das es dem beklagten Unternehmen erlaubt, das ungesetzliche Verhalten über Jahre hinweg bis zum Erlaß der letztlichen Unterlassungsverfügung fortzusetzen und nach Erlaß der

-
26. 15 U.S.C. sect. 53, 52
 27. siehe auch die korrespondierenden Befugnisse § 7 Wool Products Labeling Act 15 U.S.C. sect. 68 (e); § 6 Flammable Fabrics Act 15 U.S.C. sect. 1195 (a); § 8 Textile Fiber Identification Act 15 U.S.C. sect. 70 (f)
 28. VII S.&C. 655, 662, U.St. D.C. S.D. N.Y. 1963
 29. Früher hatte eine lediglich vertretbare Entscheidung über das Vorliegen eines Unrechtstatbestandes genügt, siehe FTC v. Rhodes Pharmacal Co., V S.&C. 301, 305, 7th Circ. 1951
 30. siehe hierzu Everette Mac Intyre, Joachim J. Volhard, The FTC, siehe Anm. II . 90. pp. 752-753

Unterlassungsverfügung auf eine andere Werbekampagne überzuschwenken 32., 33., 34.

2. Unterlassungsverfügungen (" cease and desist orders ")

Als Mittel der Durchsetzung der behördlichen Verbote verbleibt somit die " zahnlose " Unterlassungsverfügung, die dem beklagten Unternehmen aufgibt, die ungesetzhliche Handlung in Zukunft zu unterlassen 35., sich auf den Hinweis " geh hin und sündige nicht mehr " 36. beschränkt.

a. Allgemeine Grundsätze für Unterlassungsverfügungen

Im allgemeinen ist der FTC im Hinblick auf die Abfassung von Unterlassungsverfügungen von den Gerichten weites Ermessen eingeräumt worden:

-
31. Earl W. Kintner, The Revitalized FTC: A Two-Year Evaluation, 30 N.Y.U.L.Rev. 1143, 1148 (1955); FTC Annual Report 1 (1961); ABA-Report, siehe Anm. I. 141.
 32. Glen E. Weston, Deceptive Advertising and the FTC, 24 FBJ 548, 550 (1964)
 33. Hinsichtlich der Verhinderung von Unternehmenszusammenschlüssen hat die FTC mit einer einstweiligen Verfügung Erfolge gehabt, siehe FTC v. Dean Foods Co., 383 US 901, 1966; FTC v. Dean Foods Co., 384 US 597, 611-612, 1966; eine Ausdehnung auf das Gebiet täuschender Werbung ist derzeit nicht wahrscheinlich.
 34. Gesetzesentwürfe, die einstweilige Verfügungen auch im Bereich täuschender Werbung vorsehen, sind eingebracht worden: siehe hierzu Callmann, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, § 94.4 (a) p. 563, (3rd ed. 1970)
 35. sect. 5 (b) FTCA, 15 U.S.C. sect. 45; siehe hierzu allgemein: J. Jaffe, Judicial Control of Administrative Action, 261-319 (1965); Comment, Permissible Scope of Cease-and Desist Orders, Legislation and Adjudication by the FTC, 29 Chi. L. Rev. 706, 707 (1962)
 36. "Nader Report", siehe Anm. III.41.

" The Commission is the expert body to determine what remedy is necessary to eliminate the unfair or deceptive trade practices which have been disclosed ... it has wide latitude for judgement and the courts will not interfere except where the remedy selected has no reasonable relation to the unlawful practices found to exist " 37.

Der Erlaß einer Unterlassungsverfügung kann sich als erheblicher Eingriff 38. in den Geschäftsbetrieb eines Unternehmens auswirken. Aus diesem Grund werden der zulässige Inhalt sowie die Bestimmtheit einer Verfügung einerseits von der Notwendigkeit, der Unterbindung des ungesetzlichen Verhaltens in Zukunft, 39., andererseits vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, bestimmt.

- aa. Der zulässige Inhalt einer Unterlassungsverfügung
Bedeutsam ist, daß die FTC nicht gehalten ist, nur ein in der Vergangenheit liegendes konkretes Verhalten zu verbieten, sondern darüberhinaus Verfügungen erlassen kann, die bei Vorliegen künftiger Verletzungen, die dem vorangegangenen Gesetzesverstoß auch nur ähnlich sind, ein Strafverfahren 40. ermöglichen. In der Entscheidung FTC v. Ruberoid Co. 41. heißt es:

" it (the FTC) cannot be required to confine its roadblocks to the narrow lane the transgressor has travelled, it must be allowed

37. Jacob Siegel Co. v. FTC, 327 US 608, 612-613, 1946

38. Kerran v. FTC, VI S. & C. 533, 536, 10th Circ. 1959

39. FTC v. Royal Milling Co., 288 US 212, 217, 1933

40. siehe hierzu S. 25

41. 343 US 470, 1952

effectively to close all roads to the prohibited goal, so that its order may not be by-passed with immunity " 42.

Der Anwendungsbereich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist demgemäß recht begrenzt, wie dies in der Entscheidung FTC v. National Lead Co. 43.

deutlich zum Ausdruck kommt:

" Having been caught by violating the Act, respondents must expect some fencing in " 44. 45.

Der Kreis erfaßbarer ähnlicher Handlungen kann dahin umschrieben werden, daß die " Variationen eines Grundthemas " verboten werden 46.

Unterlassungsverfügungen können demnach täuschende Werbung nicht nur in Bezug auf ein bestimmtes Produkt, sondern generell für geführte Waren verbieten 47. sie brauchen auch nicht auf abgrenzbare Ge-

42. siehe Anm. 41. no. 473

43. VI S. & C. 193, 5. Ct. 1957

44. siehe Anm. 43. p. 204

45. Generalisierungen sind nicht möglich, die Entscheidung hängt immer von den Umständen des Einzelfalls ab, siehe Eugen Dietzgen Co. v. FTC, 142 F 2nd 321, 330, 7th Circ. 1944; FTC v. Mandel Bros., VI S. & C. 557, 564, S.Ct. 1957. Versuche der Gerichte, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mehr Geltung zu verschaffen, sind gescheitert, siehe Swanee Paper Corp., VII S. & C. 175, 181, 2nd Circ. 1961, Kriterien: wiederholte und flagrante Unsicherheit verknüpfte Rechtsfrage.

46. Consumer Sales Corp. v. FTC, V S. & C. 419, 425, 2nd Circ. 1952

47. Benrus Watch Co. v. FTC, VII S. & C. 1386, 1402, 8th Circ. 1965, vom Hersteller benannter, unrichtiger empfohlener Wiederverkaufspreis nicht nur für Uhren, sondern für sämtl. Waren verboten; Carter Products Inc. v. FTC, VII S. & C. 794, 805, 5th Circ. 1963

schäftszweige beschränkt zu werden, sondern können für den gesamten Geschäftsbetrieb des beklagten Unternehmens ergehen 48. Auch vom Handlungsakt her gesehen ähnliche Verstöße können untersagt werden, obwohl an sich die konkrete Gesetzesverletzung nicht begangen wurde 49.

Dies führte zum Erlaß von Unterlassungsverfügungen, deren Verbotsgehalt sich im Verhältnis zum vorangegangenen Gesetzesverstoß weitgehend ver selbstständig hatte. Verboten wurden z.B. jedwelle täuschenden Behauptungen über ein Produkt im Zusammenhang mit dessen Wirkung bei Gewichtskontrolle 50. oder generell über Qualität oder Vorteile jeglicher Produkte 51.

Es war nun kein weiter Schritt mehr, neben ungesetzlichen Handlungen auch gesetzliche zu verbieten, wenn dies zur Verhinderung künftiger Verstöße

-
48. *Coro Inc. v. FTC*, VII S. & C. 1022, 1027, 1st Circ. 1964, Die Firma Coro Inc. hatte bei Verkäufen an Versandhäuser, die 1 % des Gesamtumsatzes ausmachten, fiktive Einzelhandelspreislisten mitgeliefert, das Verbot erfolgte für den gesamten Geschäftsbetrieb; p. 1028: "wether the violations in that particular line of business are a sufficient peg upon which to hang an order against fictitious pricing throughout Coro's business"
49. *Consumer Sales Corp.*, 47 FTC 1429, 1951
50. § 19.681 *ITT Continental Baking Co.*, Dkt. C-2015, 7/2/71
51. *Colgate Palmolive Co.*, 59 FTC 1450 1477, 1961

notwendig war. 52. Es müssen dabei jedoch schon ganz besondere Umstände gegeben sein wie flagrante Rechtsverletzungen 53. oder die Feststellung, daß die gesetzliche Verhaltensweise Mittel zum Zweck der Begehung der ungesetzlichen Handlung war.

- bb. Die Bestimmtheit einer Unterlassungsverfügung
Zweifel der Beklagten über Bedeutung und Anwendungsfälle von in Unterlassungsverfügungen ausgesprochenen Verboten müssen im Hinblick auf die hohen Strafandrohungen 54. vermieden werden. Der Standard läßt sich der Entscheidung Henry Broch v. FTC 55. entnehmen:

" a necessity for fashioning orders, which are at the outset sufficiently clear and precise to avoid raising serious questions as to their meaning and application " 56.

Die tatsächlichen Grenzen dieser Entscheidung

-
52. Noch abgelehnt in American News Co. v. FTC, VII S. & C. 346, 354, 2nd Circ. 1962: verstößt eine Handlung nicht gegen sect. 5 (a) FTCA, ist sie keine dem Gesetzesverstoß ähnliche Handlung.
§ 19.529 Arthur Murray Dance Studios of Washington Inc., Dkt. 8776, 2/23/71, unter Zitierung der Entscheidung FTC v. National Lead Co., VI S. & C. 193, 202-203, S.Ct. 1957, die jedoch nicht vergleichbar ist. Dort wurde neben dem kollusiven Handeln im Zusammenhang mit einer Preisabsprache jedem Beklagten die Teilnahme an einem System verboten, das denselben Zweck ohne Kollusion erreichte. Das Verbot trifft nur einen Einzelakt einer dann insgesamt ungesetzlichen Handlung.
53. Druck auf den Vertragspartner mit erpresserischen Methoden
54. siehe S.26 , Fußnote 90
55. VII S. & C. 305, S. Ct. 1962
56. siehe Anm. 55. p. 310

sind jedoch bis heute unbestimmt. Im Endergebnis wird hier das Risiko doch dem beklagten Unternehmen aufgebürdet 57. - als Ausgleich für eine inhaltlich unbestimmte Unterlassungsverfügung wird auf die Möglichkeiten der Beratung durch die FTC 58. verwiesen 59.

Das Resultat sind Unterlassungsverfügungen, deren oft problematische Verbotsgründe nicht vollständig transparent sind 60.

b. Die Auferlegung positiver Handlungspflichten sowie die Einflußnahme auf Entstehen oder Inhalt von Verträgen innerhalb von Unterlassungsverfügungen.

aa. Die Auferlegung positiver Handlungspflichten Innerhalb des Rahmens von Unterlassungsverfügungen war die Auferlegung positiver Handlungspflichten zulasten der betroffenen Unternehmen keinesfalls

57. Jaffe, siehe Anm. 35. p. 318 "loss of entrepreneurial mobility"

58. siehe S. 26

59. Vanity Fair Paper Mills v. FTC, VII S. & C. 583, 592, 2nd Circ. 1962: "if at some future time the respondent should desire to change to a procedure different from what it originally proposed, it need not proceed at his peril. The Commission's doors will be open for discussion". Die offener Formulierungen findet sich in der Entscheidung FTC v. Colgate Palmolive Co., VII S. & C. 1152, 1168, S.Ct. 1965: "it does not seem unfair to require that one, who goes deliberately perilously close to an area of proscribed conduct shall take the risk, that he may cross the line"

60. siehe FTC v. Colgate Palmolive Co., VII S. & C. 824, 829, footnote 12, 1st Circ. 1963

intendiert gewesen. Hier hat sich jedoch eine neue Entwicklung angebahnt, deren Bedeutung wegen eine gesonderte Erörterung angezeigt ist.

Im Bereich der täuschenden Werbung nahm die Auf-
erlegung positiver Handlungspflichten ihren An-
fang mit dem Zwang zur Aufnahme richtigstellender
Zusätze 61. Über die Forderung nach richtigstel-
lenden Zusätzen hinaus ist bei der Frage der Auf-
erlegung positiver Handlungspflichten die Inte-
ressenabwägung in der Entscheidung Quaker Oats Co.
62. zugunsten der unternehmerischen Handlungsfrei-
heit ausgefallen:

" Government regulation has not yet and we hope
never will become a substitute for corporate
management " 63. 64.

Auch dieses Gebiet selten gewordener Interessenab-
wägungen zugunsten der unternehmerischen Freiheit 65.

-
61. siehe bei informatorischer Werbung, S. 90 - 91
62. 60 FTC 798, 1962
63. siehe Anm. 62., p. 809
64. siehe den dissent des Commissioner Elman wegen des Wider-
spruchs zu den Aufgaben der Wirtschaftsführung, pp.812-813;
siehe auch die Entscheidung FTC v. Ruberoid Co., 343 US
470, 493-494, 1952, dissenting opinion: "a set of guar-
ding yardsticks", siehe Anm. 62.
65. im Antitrustrecht haben sich positive Maßnahmen zur Auf-
lösung von Marktmacht schon länger eingeführt, siehe
Carl Kaysen, Donald Turner, siehe Anm.
US v. Crescent Amusement Co., 323 US 173, 1944: Verkauf
von Holding-Anteilen, die einer Gesellschaft wechsel-
weise an den Aktienpaketen der anderen Gesellschaften
zustanden; siehe auch § 19.815 L.G. Balfour Co., Dkt.
8435, 7/29/68 und § 73.821 Mississippi River Corp. v.
FTC, Trade Cases, 8th Circ. 1972

beginnt erheblich eingeengt zu werden. In der Entscheidung Charles Pfizer & Co., American Cynamid Co. v. FTC 66., in der den beklagten Unternehmen geboten wurde, anderen Unternehmen die Lizenz zur Herstellung unter Überlassung technischer Daten und des "know-how" eines patentierten Heilpräparates, dessen Patent aufgrund täuschender Angaben erwirkt worden war, zu gewähren, wird zwar deutlich die Beeinflussung durch den Monopolzusammenhang ersichtlich, sie kann jedoch möglicherweise auch eine Brücke zur Anordnung positiver Handlungspflichten im Bereich der täuschenden Werbung abgeben. Im Rahmen der Betonung des Verbraucherschutzes haben sich verschiedene Gruppen von positiven Handlungspflichten herausgebildet, die sämtlich an besondere Problemstellungen geknüpft sind und zum Teil nur der wirksameren Durchführung und Beachtung von Unterlassungsverfügungen dienen, teilweise diesen Rahmen jedoch völlig sprengen. Die beklagten Unternehmen werden dazu angehalten, ihre Angestellten ständig bezüglich potentieller Gesetzesverletzungen zu überwachen 67., diesem Zweck dienen Aushändigungen der Unterlassungsverfügungen an die Angestellten 68. Verschiedentlich mußten Unterlassungsverfügungen auch im Geschäftslokal ausgehängt werden 69., zu-

66. 1968 Supplem. S. & C. 807, 824, 6th Circ. 1968

67. § 19.864 Interstate Publishers Service Inc., Dkt. 8871, 11/13/71

68. § 50.419 H. & R. Block, File No. 712 3433, 12/29/71

69. § 19.863 Plaza Club Inc., File No. 702 3335, 12/8/71

künftige Kunden müssen in Briefform über besonders häufig vorgekommene täuschende Behauptungen des beklagten Unternehmens aufgeklärt werden und gleichzeitig der zuständige FTC-Beamte angegeben werden 70.

Die FTC hat sich neuerdings auch mit der Frage der Rückzahlung von Geld an einzelne getäuschte Verbraucher auseinandergesetzt. Eine solche Rückzahlung kann nach Auffassung der FTC z.B. dann angeordnet werden, wenn durch den Einbehalt des Geldes ein unberechtigter Vorsprung vor Mitbewerbern erzielt würde 71. oder der Einbehaltung des Geldes selbst eine erhöhte Unlauterkeit anhaftet 72.

Mit Verfügungen dieses Inhalts hat die FTC zwei Grundpfeiler der bisherigen und völlig einheitlichen Spruchpraxis ins Wanken gebracht, wonach Unterlassungsverfügungen keine Schadensersatzleistung anordnen und nur im Rahmen einer Verfolgung im öffentlichen Interesse ergehen dürfen 73.

70. siehe H. & R. Block, Anm. 68.

71. § 19.702 Curtis Publishing Co., Dkt. 8800, 7/9/71, nicht nur für zukünftige Beträge

72. Abgesehen von einer täuschenden Verkaufsmethode; schon früher wurden Unterlassungsverfügungen erlassen, die die zukünftige Weigerung, Rückzahlungen zu machen, verboten: Interstate Home Equipment, 40 FTC 260, 266-267, 1945; Success Portrait Co., 35 FTC 227, 260, 1942; die Rückzahlung in der Vergangenheit einbehaltener Beträge wird verfügt in § 19.340 Credit Acceptance Corp., prop. complaint, File No. 682, 3474, 7/27/70

73. Ruberoid Co. v. FTC, V S. & C. 388, 391, S.Ct. 1952: "Orders of the FTC are not intended to impose criminal punishment or exact compensatory damages for past acts, but to prevent illegal practices in the future".

Beide Einschränkungen ihrer Sanktionsbefugnis hat die FTC mit einem kunstvollen Rückgriff auf den bisher gerade im Verbraucherschutzbereich nicht in die Diskussion einbezogenen Mitbewerberschutz mit der Begründung zu umgehen gewußt 74., daß die Zubilligung von Schadensersatzleistungen an einzelne getäuschte Verbraucher ausschließlich und damit zulässigerweise dazu diene, gerade in Zukunft den im öffentlichen Interesse liegenden wettbewerblichen " status quo " wieder herzustellen.

Eine ebenso heftig umstrittene Anordnung innerhalb einer Unterlassungsverfügung ist der Werbungswiderruf, der noch gesondert behandelt wird 75.

bb. Die Einflußnahme auf Entstehung und Inhalt von Verträgen

Die FTC verfügt neuerdings auch über das Zustandekommen von zivilrechtlichen Verträgen zwischen den beklagten Unternehmen und den getäuschten Kunden. Ein Vertrag über Vertriebsrechte ist so lange nicht bindend, bis die Ware vom Hersteller am vereinbarten Ort gestellt wird 76. Bei den schon öfter erwähnten Praktiken 77. mancher Her-

74. § 19.719 Curtis Publishing Co., siehe Anm. 71., siehe auch die Parallele zu L.G. Balfour, Anm. 65.

75. siehe S. 499

76. § 19.663 International Sales Co., File No. 712 3142, 6/22/71; § 73.895 Arthur Murray Studios of Washington Inc. v. FTC, 5th Circ. 1972, 1972 Trade Cases: Verträge über Tanzunterricht über \$ 1500 dürfen nicht abgeschlossen werden.

77. siehe S. 57

steller, bei einem Kreditkauf ein vom Käufer aus-
gestelltes Schuldanerkenntnis an einen Dritten un-
ter Einwendungsverlust für den Käufer zu übertra-
gen, fordert die FTC nun manchmal einen Text auf
der Urkunde, daß der Dritte an zwischen Verkäufer
und Käufer abgeschlossene Verträge gebunden ist 78.

In der Praxis von erheblicher Bedeutung ist die
Einräumung eines 3-tägigen Kündigungsrechts nach
Abschluß von Verträgen, die bei Verkäufers von Haus-
tür zu Haustür abgeschlossen wurden ("cooling -
off period") 79. Gleiches gilt, wenn eine länge-
re vertragliche Bindung eingegangen wird wie z.B.
bei Abonnements 80., erhebliche Beträge geschuldet
werden 81., beim Vertragsabschluß unlauterer Druck
ausgeübt wurde 82. oder eine größere Anzahl täu-
schender Behauptungen gemacht wurde 83.

3. Der Werbungswiderruf ("corrective advertising
orders") 84.

-
78. § 19.463 Ron El-Builders Corp., Inc., prop. complaint,
File No. 682 3402, 2/5/71; § 19.592 Ellis Stewart Co.,
prop. complaint, File No. 682 3169, 4/16/71
79. Proposed Trade Regulation Rule Concerning Cooling-Off
Period for Door-To-Door Sales, 35 Fed. Reg. 15,164
80. § 19.864 Interstate Publisher Service, Dkt. 8871,
9/23/71, § 19.663 International Sales Co., File No. 7117
3142, 6/22/71, Verträge über Vertriebsrechte
81. § 19.335 Household Sewing Machine, Inc., Dkt. 8761, 3/5/71
82. § 19.855 R.P.&L. Inc., File No. 702 3494, 11/26/71
83. § 19.634 G. Blanchard, File No. 692 3032, 5/26/71
84. siehe hierzu allgemein: Comment, Corrective Advertising,
The FTC's New Formula for Effective Relief, 50 Texas Law,
312 et sequ. (1972); Note, Corrective Advertising and the
FTC: No, Virginia, Wonder Bread Doesn't Help Build Strong
Bodies Twelve Ways, 70 Mich. L.Rev. 473 et sequ. (1972)

Die traditionellen Sanktionen der FTC - einstweilige Verfügung und Unterlassungsverfügung - haben sich allein als nicht ausreichend zur wirksamen Bekämpfung täuschender Werbung erwiesen. Manche Unternehmen konnten in der Vergangenheit ungestraft die Vorteile des mit erheblichen Verzögerungen verbundenen Verfahrens- und Instanzenwegs für sich nutzen 85.

Einmal, um den beklagten diese Möglichkeit abzuschneiden, zum anderen, um die erkenntlich werdenden fortwirkenden Effekte täuschender Werbung auch nach einem Verbot beim Verbraucher zu beseitigen, ist die FTC dazu übergegangen, den Widerruf bzw. die Berichtigung täuschender Werbung in der Öffentlichkeit zu verlangen.

Ein Widerruf soll nach Vorstellung der FTC die Feststellung des verpflichteten Unternehmens umfassen, daß die vorangegangene Werbung täuschend gewesen ist und worin konkret die Täuschung bestanden hat. Darüber hinaus hat die FTC in Erwägung gezogen, in der den Widerruf anordnenden Verfügung bestimmte Festsetzungen hinsichtlich des erforderlichen Anzeigenraums, der Zeitdauer der Veröffentlichung oder Sendung sowie der Zuweisung prozentual veranschlagter Mittel aus dem Gesamtwerbeetat aufzunehmen.

Die FTC hat hier Neuland betreten und noch bietet sich kein einheitliches Bild für die Beurteilung.

85. Note, Corrective Advertising Orders of the FTC, 85 Harv. L. Rev. 477, 482 (1971)

Die zulässigen Konturen dieses erheblichen Eingriffs in den Geschäftsbetrieb der beklagten Unternehmen 86. sind noch recht verschwommen. Beklagte Unternehmen und Werbewirtschaft, schockiert von solch ungewöhnlichen Maßnahmen, versuchten die FTC auf die bisherige ständige Rechtsprechung festzulegen, nach der Unterlassungsverfügung keinerlei Strafcharakter (" punitive effect ") tragen und auch keinerlei rückwirkende Folgen (" retroactive effect ") aufweisen durften 87.

Unter Berufung auf den notwendigen Schutz von Öffentlichkeit und Mitbewerbern hat es die FTC aber verstanden, von den rechtstheoretischen Schwierigkeiten der Anordnung eines Widerrufs innerhalb von grundsätzlich durch die Leitfunktion von Unternehmen gekennzeichneten und deswegen auch nur auf künftige Unterlassungen gerichteten Verfügungen 88. zumindest abzulenken.

Wenig überzeugend wird damit argumentiert, daß die Anordnung eines Widerrufs und die resultierenden, über die Unterlassung einer täuschenden Behauptung hinausgehenden Sanktionsnachteile im Einzelfall nicht als Strafe gegen das betroffene Unternehmen,

-
86. Die negativen Auswirkungen solcher Publizität allein schon bei Verlautbarung eines FTC-Verfahrens: Lemor, Administrative Agencies News Releases: Public Information Versus Private Injury, 37 Geo Wash. L. Rev. 63 et sequ. (1968); Note, Disparaging Publicity by Federal Agencies, 67 Col. L. Rev. 1512, 1514, 1526 (1967)
87. FTC v. Ruberoid Co., siehe Anm. 73.; siehe auch abl. Lemke, Souped up by Affirmative Disclosure Orders of the FTC, U. Mich. L.J.Reform, 180 et sequ. (1970)
88. siehe hierzu S. 25

sondern als eine im öffentlichen Interesse notwendige Vorsichtsmaßnahme ("needed public precaution") 89. zu bewerten seien.

Erkenntlich präsentiert die FTC auch nur eine Seite der Medaille, wenn sie erklärt, daß die Wirkung eines Widerrufs ausschließlich darin bestehe, den Fortwirkungen einer erfolgten Täuschung beim Verbraucher nach Verbot sowie der Schwächung des Wettbewerbs entgegenzutreten 90.:

" such an order is quite obviously not retrospective, if its purpose and effect is to terminate continuing injury to the public. This continuing injury may be in the form of lingering effects which a misrepresentation may have on consumers minds or in a form of lessening of competitive vigor due to the deceptive practices " .

Größere Schwierigkeit als die Umgehung der Klippen des traditionell zulässigen Inhalts von Unterlassungsverfügungen bereitet der FTC die Feststellung der Kriterien, die die Anordnung eines Werbungswiderrufs im Einzelfall rechtfertigen. Hier zeigt sich in aller Schärfe das bisherige Versäumnis der FTC 91., die Wirkung von Werbemethoden

-
89. All State Industries of North Carolina Inc. v. FTC, 423 F 2nd 423, 425, 4th Circ. 1970, cert. den. 400 US 828, 1970
90. Firestone Tire & Rubber Co., Dkt. 8818, abgedruckt in Edwin S. Rockefeller, Jerrold v. Cise, siehe Anm. II.95. p. 1972; siehe auch Mary Gardiner Jones, to Tell the Truth, the Whole Truth, 26 Food, Drug, Cosmetic L.J. 173, 184 (1971)
91. siehe S. 58

auf den Verbraucher festzustellen. Tragfähige empirische Grundlagen, was die Untersuchung der nachwirkenden Effekte täuschender Werbung anbelangt, wie z.B. deren Verbleib im Gedächtnis (" recall of advertising messages "), die Beeinflussung des Kaufentschlusses (" relationship to subsequent purchasing decisions ") oder die Verursachung von Wiederholungskäufen (" repeat purchase phenomenon "), sind nicht vorhanden 92.

Der Vorschlag von Commissioner Jones, auch hier allein die Möglichkeit einer Motivierung durch täuschende Werbung, ohne tatsächlichen Nachweis, als ausreichend zu betrachten 93., stellt sich als Fortsetzung des auch bei Feststellung der Täuschungsgeeignetheit verwendeten Beweisstandards 94. dar. Er ist im Hinblick auf den erheblichen Eingriff in den Geschäftsbetrieb des beklagten Unternehmens im Wege der Interessenabwägung wohl nicht mehr gerechtfertigt.

Eine kurze Übersicht über Fälle, in denen bisher ein Werbungswiderruf im " consent - decree " - Verfahren angeordnet wurde, zeigt, daß eine Berichtigung in Form einer Negierung der bisherigen Behauptungen, leichter erreicht werden kann,

92. Note, FTC Plans Major Report on Truth in Advertising, 166 N.Y.L.J. 1 (1971); siehe auch separate statement Commissioner Kirkpatrick in der Entscheidung Firestone Tire & Rubber Co., siehe Anm. 90., p. 341

93. siehe Anm. 90. p. 362

94. siehe S.169 , die Anforderungen sind jedoch durch das Erfordernis einer angemessenen ("fair") Wahrscheinlichkeit etwas erhöht, der Standard ist der Entscheidung Herzfeld v. FTC, 140 F 2nd 207, 208, 2nd Circ. 1944 entlehnt.

so z.B. daß ein Fernseher nicht von der National Commission of Product Safety getestet worden ist 95. Ein Widerruf in gemäßigter Wortfassung, der fast der bisherigen aufklärenden Zusätzen nahe kommt, wird von den beklagten Unternehmen auch noch akzeptiert 96.

Lediglich in dem Verfahren gegen die ITT Continental-Baking Co. 97. sieht bisher eine Klage in der antizipierten Form außer der angeforderten Berichtigung vor, daß 25 % des Werbeetats über die Dauer eines Jahres der Korrektur der erfolgten Täuschung gewidmet werden mußten.

Weitere Klagen, die Unterlassungsverfügungen ähnlichen Inhalts vorsahen, wurden von den Commissioner Dixon und Mac Intyre nicht gebilligt 98. Soweit keine Festlegung hinsichtlich der Verwendung von 25 %

-
95. § 19.430 Matsushita Electric of Hawaii Inc., File No. 702 3486, 1/8/71
96. § 19.981 Ocean Spray Cranberries Inc., Dkt. 8840, 3/20/72: "if you have wondered, what some of our earlier advertising meant, when we said, Ocean Spray Cranberries Juice Cocktail has more energy than orange juice or tamate juice, let us make it clear, we didn't mean minerals and vitamins. Food energy means calories, nothing more"
97. § 19.539, prop. complaint, File No 712 3447, 3/16/71; die Unterlassungsverfügung, § 19.681, 7/2/71, enthielt nur, daß entgegen früherer Werbung sich die Tatsachen anders verhalten.
98. § 19.838 Warner Lambert Pharmaceutical Co., prop. complaint, 11/3/71; § 19.856 Sunoco Oil Co., prop. complaint, 12/2/71 kein Widerspruch dagegen in § 19.351 Coca-Cola Corp., prop. complaint, File No. 702 3222, 9/29/70

des Werbeetats für den Werbungswiderruf getroffen wurde, ist jedoch grundsätzlich Übereinstimmung zu verzeichnen 99. Manche Klagen wiederum sahen einen Werbungswiderruf vor, die Unterlassungsverfügungen jedoch enthielten ihn dann nicht 100.

Erst die weitere Entwicklung wird zeigen, ob dieses Verfahren die erhoffte Effektivität der FTC im Kampf gegen die täuschende Werbung wird sichern können.

-
99. § 19.857 Sugar Ass'n Inc., prop. complaint, 12/2/71;
§ 19.352 Standard Oil Co. of California, prop. complaint, File No. 702 3191, 9/29/70
§ 19.925 Sterling Drug Inc., complaint, File No. 662 3550, 3/2/72
100. § 19.400 Chemway Corp., prop. complaint, File No. 702 3498, 12/2/71, § 19.607 consent order, 5/3/71
§ 19.387 Gulf Union Corp., prop. complaint File No. 11/6/70, § 19.431 consent order

VI. Teil: Anhang

13. Kapitel

Die Neufestlegung der Befugnisse der FTC durch
den Erlaß des Magnuson - Moss - Warranty -
Federal Trade Commission Improvement Act von 1975

Als vorläufiges Endergebnis der insbesondere wegen der Ineffizienz des FTC - Verfahrens im Verbraucherschutzbereich allgemein geäußerten und bekannten Kritik haben die Reformbestrebungen nunmehr auf dem Teilgebiet der Anktionsmöglichkeiten 1975 zum Erlaß eines Änderungsgesetzes zum Federal Trade Commission Act, dem sogen. Magnuson - Moss - Warranty - Federal Trade Commission Improvement Act 101. geführt.

Im zweiten Teil des Gesetzes wurde - neben anderen Äußerungen des Federal Trade Commission Act - generell die Sanktions- und Normsetzungsgewalt der FTC auf eine neue Grundlage gestellt.

1. Die Erweiterung der Sanktionsgewalt der FTC

a. Anordnung von Berichtungswerbung

Die im vorangegangenen Kapitel angesprochenen

101. Magnuson - Moss - Warranty - Federal Trade Commission Improvement Act, Public Law, 93 - 637, 93 rd Cong. S. 356, Jan. 4/75, 15 U.S.C. 2301

Experimente der FTC mit der Anordnung eines Werbungswiderrufs waren die Antwort auf die Notwendigkeit der nachträglichen Beseitigung nachwirkender Effekte täuschender Werbung. Die Unsicherheit der FTC über die gesetzliche Zulässigkeit dieser in Anspruch genommenen Befugnis drückte sich auch weiterhin recht unverhüllt einmal in der ausschließlichen Durchsetzung der relativ wenigen Fälle im vergleichsähnlichen " consent decree " - Verfahren 102., zum anderen in der Wahl von modifizierten Berichtigungsansprüchen aus. Überwiegend wurde den beklagten Unternehmen die Verpflichtung zur Aufnahme eines Widerrufs in jeglichen Werbetext, jedoch für einen bestimmten Zeitraum, auferlegt und damit die allerdings unausgesprochene Alternative des Absehens von jeder Werbung für diesen Zeitraum gestellt.

Schließlich wurde im Fall Warner - Lambert Co. 103. im Verwaltungsstreitverfahren mit einer vorläufigen Entscheidung eines " administrative law judge " ein klarer Werbungswiderruf verfügt 104., und zwar unter Beachtung der temporären Begrenzung dieser Verpflichtung.

-
102. Warren S. Grimes, Corrective Advertising - The FTC's New Remedy Against Deceptive Advertising in Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, S. 359, 360-362, 1973.
 103. § 20.776, Dkt. 8891, initial decision to cease and desist, 11/25/74
 104. Widerruf in der Form, daß "Listerine" entgegen früherer Werbung Erkältungen oder Halsschmerzen nicht vorbeugen könne und nicht wirksam für die Behandlung von Erkältungssymptomen sei.

Die FTC bestätigte diese Entscheidung auf Berufung hin mit der Maßgabe, daß eine Verpflichtung zur Aufnahme eines Widerrufs solange bestehen sollte, bis der künftige Werbeetat den Betrag eines aus den einzelnen Ausgabensummen der vergangenen 10 Jahre gebildeten durchschnittlichen Jahreswertes überschritten hatte 105.

Nahezu gleichzeitig mit dem Erlaß dieser Entscheidung durch die FTC wurde die bisher fehlende Befugnisnorm zur Anordnung eines Widerrufs leider nicht explizit und darum nur möglicherweise mit sect. 19 (b) des Änderungsgesetzes zum Federal Trade Commission Act 106. geschaffen.

Steht mit dem Erlaß einer Verordnung oder einer rechtskräftigen Unterlassungsverfügung durch die FTC fest, daß eine ungesetzliche Wettbewerbshandlung vorliegt, kann die FTC aufgrund einer generalklauselartigen Verfahrensnorm auf " Abhilfe " in Form eines Ausgleichs von Beeinträchtigungen der Betroffenen vor den Zivilgerichten erster Instanz klagen. Unter den gleichen Voraussetzungen kann mit einer Klage auch die öffentliche Bekanntgabe einer Rechtsverletzung (" notification ") als in der gesetzlichen

105. § 21.066, opinion and final order to cease and desist, 12/9/75, at 20.933 - 20.937

106. abgedruckt in Trade Regulation Reporter, §§ 25.270 F, 25.271, at 30.126 - 30.127

Vorschrift beispielhaft aufgenommene Art einer Abhilfeanordnung gefordert werden. Vorbehaltlich einer Stellungnahme der Gerichte läßt eine vertretbare Gesetzesauslegung damit zu, die Anordnung eines Widerrufs entweder als besondere Form der Veröffentlichung einer Verletzungshandlung oder als nicht ausdrücklich spezifizierte weitere Abhilfemöglichkeit einzuordnen.

b. Anordnung eines Schadensausgleichs zugunsten von Verbrauchern

Mit der wachsenden Erkenntnis der unzureichenden zivilrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der Schadensersatzansprüche von Verbrauchern versuchte auch die FTC, das Potential ihrer Sanktionen mit der Anordnung von Schadensersatzleistungen an einzelne getäuschte Verbraucher anzureichern, was jedoch auch nur innerhalb der "consent decree" - Verfahren glückte 107. Das bereits geschilderte und doch recht gekünstelte Unterfangen der Umfunktionierung von lediglich auf künftige Unterlassung gerichteten Maßnahmen in ein zum Schadensersatz verpflichtendes Urteil überschritt die Möglichkeiten systemimmanenter Gesetzesauslegung und konnte richterlicher Überprüfung im Fall Heater v. FTC 108.

-
107. Gerhard Schricker in Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Anlage 2, S. 75, Westerland/Sylt, 1975
108. 503 F 2nd 321, 9th Circ. 1974

nicht stand halten.

Die aufgrund der neueren Entwicklung als Sanktions- und Gesetzeslücke erkannte Beschränkung der Anordnungsbefugnis der FTC wurde vom Gesetzgeber anschließend durch die bereits erwähnte Befugnisnorm des sect. 19 (b) des Änderungsgesetzes zum Federal Trade Commission Act 109. Die FTC kann unter den bereits genannten Voraussetzungen vor den Zivilgerichten erster Instanz eine Klage auf Rückzahlung von Geldmitteln oder Rückerstattung von Eigentum an den geschädigten Personenkreis, Abänderung und Auflösung von Verträgen sowie auf verwandte Anordnungen zum Ausgleich von sonstigen Beeinträchtigungen klagen.

c. Antrag auf Erlass einstweiliger Verfügungen

Mit der unterbliebenen generellen Regelung des einstweiligen Verfügungsverfahrens im zweiten Teil des Gesetzes fiel die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Priorität der behördlichen Bekämpfung der Folgen ungesetzlicher Wettbewerbshandlungen vor deren Prävention durch einstweilige Verfügung.

Die in den ersten Teil des Gesetzes betreffend die Werbung mit der Kundengarantie aufgenommene Antragsberechtigung der FTC für einstweilige Verfügungsverfahren 110. sollte jedoch insbe-

109. siehe Anm. 106.

110. sect. 110. (c) (1), abgedruckt in Trade Regulation Reporter, § 25.526, at 30.338

wegen der weiten Fassung des Verfügungsgrundes nicht übersehen werden : die Antragsberechtigung der FTC ergibt sich bereits aus der Darlegung, daß ein Verbot bei billiger Abwägung der Umstände und unter Berücksichtigung des letztlichen Prozeßerfolgs im öffentlichen Interesse liegt.

2. Die Neufestlegung der Normsetzungsbefugnisse der FTC

Mit dem Erlaß des Änderungsgesetzes zum Federal Trade Commission Act, und zwar sect. 18 (a)(1) 111. wurde auch die mit der Entscheidung des D.C.Circuit im Fall National Petroleum Refiners Ass'n v. FTC 112. grundsätzlich bejahte Normsetzungsbefugnis der FTC statuiert und insbesondere nach Art und Umfang gesetzlich beschrieben. Neben der Möglichkeit der Aufstellung von nur richtlinienartigen Anordnungen (entsprechend den bisherigen " guides " und " trade practice conference rules ") wurde die FTC nunmehr ermächtigt, in Verordnungen allgemeinverbindlicher Natur bestimmte Wettbewerbshandlungen und Geschäftspraktiken für ungesetzlich zu erklären . Bedeutsam ist, daß die Verordnungen auch Anforderungen enthalten können, die zum Zweck der Vorbeugung solcher ungesetzlicher Handlungen dienen können.

Damit wurde die Auferlegung positiver Handlungspflichten der Unternehmen und die Einräumung von Rechten an Kunden, die die FTC schon früher in ver-

111. abgedruckt in § 25.270 Trade Regulation Reporter, at 30.122

112. siehe S. 31

Im Herbst 1972 trat ich zur zweiten juristischen Staatsprüfung an und erhielt die Note 4,35.

Nach meiner Zulassung zur Anwaltschaft im Sommer 1973 habe ich mich als selbständige Anwältin niedergelassen.

